

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

NATÁLIA DE REZENDE ALMADA MARQUES

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES
PÚBLICOS NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Brasília-DF
2012

Natália de Rezende Almada Marques

**RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS ENTES
PÚBLICOS NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharel em Direito, da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Antonio Umberto de Souza Júnior

Brasília-DF
2012

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus pais, que me permitiram a felicidade de fazer parte de uma família grande e amorosa e a possibilidade de uma vida melhor. A Deus, a meus familiares, amor e amigos que me ajudaram e me apoiaram durante toda a caminhada.

AGRADECIMENTO

A meu orientador, Antônio Umberto, pela sabedoria e pelos conselhos partilhados. A meus pais, familiares, amor e amigos pela paciência e compreensão.

RESUMO

O presente trabalho trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização de que faça parte em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade que decidiu pela constitucionalidade do § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666, de 1993, afastando a responsabilidade automática insculpida no inciso IV da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e, conseqüentemente, pela caracterização da responsabilidade da Administração apenas quando cabalmente demonstrada sua culpa *in vigilando*. Busca-se demonstrar, por meio deste estudo, que tal decisão é equivocada e não deve ser mantida. Prega-se, por intermédio de princípios e normas, pela aplicação automática da responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Palavras-chave: Terceirização. Súmula 331, IV. ADC nº 16. Responsabilidade da Administração Pública. Responsabilidade subsidiária. Art. 71, § 1º da Lei 8.666.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO I: DA TERCEIRIZAÇÃO	8
1.1 História	8
1.2 Conceito	11
1.3 Natureza Jurídica	12
1.4 Aspectos Jurídicos da Terceirização	12
1.5 Direito Internacional	14
1.6 A Terceirização e o Direito do Trabalho	17
1.7 Modalidades de Terceirização	20
1.8 Terceirização Lícita e Ilícita	21
1.8.1 Requisitos.....	22
1.8.2 Distinção	23
1.8.3 Distinção entre Terceirização, Empreitada e Locação de Serviços.	24
1.9. Responsabilidade das Empresas.....	26
1.9.1 Da Responsabilidade Solidária e Subsidiária no Direito do Trabalho.....	28
CAPÍTULO II: DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO	31
2.1. O Desenvolvimento da Terceirização na Seara Pública.....	31
2.2. Limites à Terceirização na Administração Pública.....	35
2.3. Da Responsabilidade da Administração Pública	38
CAPÍTULO III: DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	43
3.1 Da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.....	43
3.2 Ônus da Prova	48
3.2.1 Ônus da Prova no Processo do Trabalho	50
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quanto aos débitos trabalhistas nos contratos de terceirização.

Este tema é bastante polêmico, pois, embora a terceirização venha sendo utilizada em larga escala no Brasil, não há, no ordenamento jurídico em vigor, regras que a disciplinem, o que permite o abuso de direito por parte dos empregadores ou tomadores de serviço. Da mesma forma, na Administração Pública, que também é adepta da terceirização e a utiliza em praticamente todos os seus setores, tanto em atividade-fim, quando há falta de servidores concursados, quanto em atividade-meio, isso não é muito diferente.

Os trabalhadores terceirizados da Administração são recrutados por empresas que se habilitam em processos de licitação, que é a forma de contratação de empresas terceirizadas pela Administração. Porém, nesses processos licitatórios, usa-se, normalmente, como critério para a escolha da empresa vencedora a que oferece o menor preço e não a empresa idônea em relação aos compromissos trabalhistas de seus empregados.

Em decorrência de tal circunstância, chegam à Justiça milhares de casos em que empresas prestadoras de serviço, contratadas pela Administração Pública, não pagaram a seus empregados todos os salários e verbas devidas.

Anteriormente, para se minimizar a precarização da mão de obra terceirizada e, também, para que os direitos dos trabalhadores fossem respeitados, as decisões da Justiça do Trabalho vinham sendo embasadas pela automática aplicação de entendimento sumulado do Tribunal Superior do Trabalho (TST), o qual pregava pela responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, mesmo sendo este ente da Administração Pública, desde que tivessem participado da relação jurídica processual. Entretanto, por meio de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, questionou-se se tal entendimento estaria correto, pois violaria preceito já existente em lei anterior que descartava a responsabilização da Administração Pública, quando tomadora de serviços, pelos débitos trabalhistas inadimplidos.

O motivo do presente trabalho se encontra exatamente na decisão da Suprema Corte relativa à responsabilidade subsidiária dos entes da Administração Pública.

Neste sentido, baseando-se nos princípios que regem o Direito do Trabalho e os princípios da Administração Pública, é que será desenvolvido o presente trabalho que, no

primeiro capítulo, abordará, de forma mais ampla, a terceirização, tratando da evolução histórica, do conceito de terceirização, de seus aspectos jurídicos, requisitos e modalidades, de sua disseminação mundial, de seu desenvolvimento dentro do Direito do Trabalho e das formas de responsabilidade das empresas que se utilizam dela.

No segundo capítulo, o estudo será focado na terceirização dentro do serviço público: como se desenvolveu, quais os limites para se terceirizar e a responsabilidade da Administração nos contratos de terceirização.

No terceiro capítulo, serão analisadas a antiga redação da Súmula 331 do TST, de 11/9/2000, e a decisão da ADC nº 16 em face dos princípios que regem o Direito do Trabalho e o Direito Administrativo. Por fim, também será objeto do estudo, neste último capítulo, a inversão do ônus da prova nos casos de comprovação da culpa *in vigilando*.

Para fins desse estudo, serão utilizadas como meios para embasar os fundamentos trazidos no presente trabalho, a jurisprudência, pesquisas em obras de Direito do Trabalho e Direito Administrativo e a legislação pátria vigente.

CAPÍTULO I

DA TERCEIRIZAÇÃO

1.1 História

As relações de trabalho, mesmo que antes não possuísem este nome, surgiram desde os primórdios com a subordinação do homem mais fraco pelo mais forte.

Na Antiguidade, o modelo de produção era o escravocrata, em que o escravo era tido como propriedade de seu senhor, não possuía vontade nem era detentor de direitos, o que ajudava na construção de uma identidade de submissão. Segundo Gabriela Delgado:

“Na antiguidade, a coisificação do homem, advinda do trabalho por conta alheia, predominava nas relações sociais e de produção. O escravo era tido como propriedade do senhor e, por isso, não lhe era permitida autonomia da vontade para estabelecer vínculos produtivos de quaisquer espécies. A prestação de serviços tinha cunho obrigatório e era sempre imposta pelos senhores da terra.”¹

Após este período, veio a Idade Média, com o modelo de produção feudal e as corporações de ofício. No primeiro momento, o feudalismo predominava e sua base era fundada em um regime de servidão no qual os trabalhadores exerciam suas funções para sustentar as regalias dos nobres e do alto clero².

Porém, com o crescimento acelerado da população, houve a necessidade de ampliação do comércio o que culminou no fortalecimento da classe burguesa, no surgimento das corporações de ofício e no fim, gradativo, do regime de servidão. Nesse sentido, Bobbio afirma:

“Na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, o habitante da cidade adquire sua configuração típica de classe... É mediante o burguês e a classe a que ele pertence, a Burguesia, que se dá a acumulação inicial de capital que, nos países mais avançados da Europa ocidental, possibilitará, no decorrer do século XVIII, a decolagem da Revolução Industrial”.³

¹ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003, p. 28.

² DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003, p. 29-30.

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale. Coord. João Ferreira e ver. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, v. I, p. 120.

Maurício Crespo Rangel aduz que, já neste período de crescimento e fortalecimento da classe burguesa, era visível a prática da terceirização que consistia na subcontratação de camponeses pelos comerciantes para burlar o monopólio das corporações. Os comerciantes forneciam a matéria-prima e muitas vezes as ferramentas e exigiam a transformação da matéria-prima no produto pronto ou semiacabado⁴.

Assim, aos poucos, o absolutismo foi entrando em decadência e, por meio da primeira Revolução Industrial, foi possível a ruptura da submissão pessoal do trabalhador aos tomadores de serviços, o que permitiu o surgimento da divisão capitalista da força de trabalho e do elemento distintivo da subordinação jurídica⁵.

Nesse sentido, a nova ordem era separar os detentores dos meios de produção e os da força de trabalho. Foi nesse contexto que se formou a relação jurídica que iria representar o sistema de produção capitalista: a relação empregatícia⁶.

Nesse momento também foram determinados os pressupostos para a configuração da relação empregatícia, quais sejam a personalidade, a dependência jurídica, a não eventualidade e a onerosidade. Estas condições são até hoje empregadas e previstas no Brasil, no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho⁷.

Outros modelos de divisão de trabalho foram empregados com o passar dos anos, como o Taylorista, que regulava o tempo e o rendimento da produção, e o modelo Fordista, que, como característica, introduziu as linhas de montagem na organização de produção industrial⁸.

Foi durante a vigência deste último modelo de organização de produção industrial, o Fordismo, que a terceirização surgiu com efetivas consequências sociais e econômicas. Isso ocorreu porque, durante a Segunda Guerra Mundial, houve um excessivo aumento da

⁴ RANGEL, Maurício Crespo. Relações de Trabalho: Novos Paradigmas. **Revista do TST**, Brasília, vol. 73, nº 3, jul/set 2007, p.142.

⁵ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003, p. 31.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 85

⁷ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003, p. 38.

⁸ FRANCISCO, Wagner Cerqueira e. **Taylorismo e Fordismo**. Disponível em <http://www.brasilecola.com/geografia/taylorismo-fordismo.htm>. Acesso em 31/03/2012.

demanda na indústria de armamento, o que levou à necessidade de transferência das atividades meramente acessórias para terceiros⁹.

No Brasil, por exemplo, por volta de 1950, a ideia de terceirização foi trazida pelas multinacionais que demonstravam preocupação apenas com as atividades essenciais de seu negócio.¹⁰ Com essas novas ideias, adveio uma mudança voluntária na organização das relações de produção o que permitiu a disseminação da terceirização. No setor público, a terceirização foi implementada em 1967, com a promulgação do Decreto-lei nº 200,¹¹ enquanto que, no setor privado, a terceirização ganhou força a partir de 1970¹² com a implementação do modelo toyotista de produção, que seria um novo modelo de empresa, chamada de “empresa magra” ou “empresa enxuta”, como bem aduz Gabriela Delgado.¹³ Neste mesmo sentido, Márcio Túlio Viana afirma que “hoje, a fórmula é horizontalizar o mais possível, para enxugar a máquina, aumentar a eficiência, garantir a qualidade e conquistar um mercado que parece cada vez mais exigente. Da empresa se diz que *quanto menor, melhor*. O *slogan* passa a ser: *small is beautiful*.”¹⁴

Essas características alinham-se perfeitamente com o objetivo da terceirização, como aduz Sérgio Pinto Martins:

“O objetivo principal da terceirização não é apenas redução de custo, mas também trazer agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretende, com a terceirização, a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para a aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos.”¹⁵

⁹ GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010, p. 21.

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 431.

¹² GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010, p. 21.

¹³ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003, p. 118.

¹⁴ VIANA, Márcio Túlio. Alguns pontos polêmicos da terceirização. **Repertório IOB de jurisprudência**, São Paulo, n. 8, Caderno 2, 2ª quin. Abr./1997, p. 155.

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 11.

Ele ainda afirma que as crises econômicas e a necessidade de competitividade entre as empresas podem ser as responsáveis pelo emprego da terceirização em tão larga escala hoje¹⁶.

1.2 Conceito

Não existe, em nossa legislação, um conceito jurídico de terceirização. Porém, doutrinariamente, existem varias definições.

Para Maurício Godinho, terceirização “é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justralhista que lhe seria correspondente.”¹⁷

Segundo Gabriela Neves Delgado,

“enquanto no modelo clássico o empregado presta serviços de natureza econômico-material, diretamente ao empregador, pessoa física, jurídica ou ente despersonificado, com o qual possui vínculo empregatício (art.2º, *caput*, CLT), na relação trilateral terceirizante o empregado presta serviços a um tomador, apesar de não ser seu empregado efetivo. A relação de empregado é estabelecida com outro sujeito, a empresa interveniente ou fornecedora.”¹⁸

Márcio Túlio Viana ressalta, ainda, que existem algumas peculiaridades na relação jurídica entre as partes no contrato de terceirização. Ao invés de dois sujeitos serão três que celebrarão dois contratos: o interempresário e o de trabalho. O primeiro será realizado entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora. O segundo, entre a empresa prestadora de serviços e o trabalhador¹⁹.

Já Sérgio Pinto Martins entende tratar-se de um método diferenciado de administração de empresas que objetiva a organização das mesmas e a criação de novas formas, novos processos da atividade empresarial²⁰. Prossegue esse doutrinador afirmando que a terceirização consiste na possibilidade de contratação de terceiro para a realização de atividades acessórias, ou também chamadas de atividades-meio. Essa forma de contratação de

¹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 141.

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, cit., p. 428.

¹⁸ DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003, p. 139.

¹⁹ VIANA, Marcio Tulio. Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário. **Revista Tribunal Regional do Trabalho**. Belo Horizonte, n. 57, jul-dez./1997, p. 152.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

terceiro pode ser utilizada tanto na produção de bens quanto em serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários²¹.

Assim, o que podemos perceber é que, embora tenha diferentes conceitos, a terceirização é uma relação jurídica triangular, ou seja, envolve três partes que, necessariamente, deverão mesclar pessoas jurídicas e físicas.

1.3 Natureza Jurídica

A natureza jurídica da terceirização é difícil de ser determinada, pois há várias nuances que precisam ser analisadas, podendo haver a combinação de elementos de diversos contratos distintos. Assim, na tentativa de achar uma regra geral, pode-se entender que “a natureza jurídica será do contrato utilizado ou da combinação de vários deles”.²²

1.4 Aspectos Jurídicos da Terceirização

A terceirização é um instituto que possui efeitos diferenciados das outras formas de contratação de mão de obra. Assim, dois aspectos jurídicos da terceirização merecem uma análise mais abrangente.

O primeiro aspecto é o vínculo com o tomador de serviço. Nos casos de terceirização lícita ou regular, o vínculo é reconhecido entre a empresa prestadora e o empregado.

Assim entende Godinho:

“Nos casos de terceirização regular (incisos I e III do Enunciado 331), mantém-se intocado o vínculo jurídico com a empresa terceirizante. Nega a ordem jurídica, portanto, o reconhecimento do vínculo empregatício do obreiro terceirizado com a entidade tomadora de serviços. É que, sendo válida a relação jurídica trilateral terceirizante, não há que se falar em

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

²² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

alteração dos laços jurídicos fixados originalmente entre as partes (Enunciado 331, I, TST).”²³

Porém, quando ilícita a terceirização, será formado o vínculo do obreiro diretamente com o tomador de serviços, ficando este responsável por todas as verbas provenientes do contrato de trabalho²⁴.

O segundo aspecto é a isonomia salarial entre o empregado terceirizado e os trabalhadores diretamente admitidos pela empresa tomadora de serviços terceirizados. Godinho explica que, quando se trata de trabalho temporário, a própria Lei nº 6.019/74 traz a resposta em seu artigo 12, “a”: “fica garantida ao trabalhador terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculado à base horária”. Godinho chama isso de *salário equitativo*. O problema aparece quando se trata das outras formas de terceirização. Esse procedimento se aplicaria às demais? No passado, pregava-se a impossibilidade do salário equitativo quando a terceirização era considerada lícita e não se tratava de trabalho temporário²⁵. Entretanto o Tribunal Superior do Trabalho, a partir de vários precedentes, formulou a Orientação Jurisprudencial 383, da SDI-1, *verbis*:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI Nº 6.019, DE 03.01.1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei nº 6.019, de 03.01.1974.

Assim, como uma forma de impedir ou reduzir a precarização da terceirização tornou-se possível a isonomia salarial além dos moldes da Lei nº 6.019/74, recaindo sobre o contrato de trabalho “todas as normas pertinentes à categoria obreira, corrigindo-se a eventual defasagem de parcelas ocorridas em face do emprego fraudulento da terceirização”.²⁶

²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 443.

²⁴ Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: “I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974)”.

²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed.. São Paulo: LTr, 2005, p. 443.

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed.. São Paulo: LTr, 2005, p. 443.

1.5 Direito Internacional

A terceirização é um fenômeno mundial encontrado em diversos países, que se desenvolve a partir da influência dos aspectos políticos, econômicos e sociais de cada um deles. Neste diapasão, há países que proíbem o trabalho temporário e há aqueles que o permitem, desde que obedecidas certas regras preestabelecidas. Porém há, ainda, aqueles países que permitem a terceirização sem que haja qualquer legislação sobre o assunto²⁷. Na Alemanha, por exemplo, a terceirização é utilizada na forma de empreitada. Não há nenhuma lei específica sobre o tema²⁸ e os conflitos são solucionados por meio de contratos coletivos, com garantia de piso salarial e outros direitos²⁹. Os problemas começaram a surgir quando, em 2004, a antiga coalizão do governo flexibilizou as rígidas leis alemãs de direitos trabalhistas. Isso causou a utilização, em larga escala, de contratos temporários de terceirização que, em apenas 10% dos casos, transformam-se em contratos duradouros, remetendo-os ao que chamam de comércio de escravos³⁰.

Já na Argentina, a intermediação de mão de obra é proibida e há previsão de responsabilização solidária para as empresas tomadoras e prestadoras de serviço quando existir locação temporária, tendo como base o Decreto nº 390/76. O artigo 29 do Decreto nº 390/76 esclarece que:

“os trabalhadores que sejam contratados por terceiros com vista a cedê-los a empresas, serão considerados empregados diretos de quem se utilize de sua prestação. Em tal caso, qualquer que seja o ato ou estipulação que para este efeito acertem os terceiros contratantes e a empresa para a qual os trabalhadores prestem ou tenham prestado serviços responderão solidariamente por todas as obrigações emergentes da relação laboral e das que se derivem do regime de previdência social (art.31).”³¹

Lei nº 6.019/74 – “regula o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências”.

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 16-17.

²⁹ CONCEIÇÃO, Jefferson José da. **Terceirização: representantes dos trabalhadores querem mudanças**. Disponível em <http://meusalario.uol.com.br/main/emprego/terceirizacao-representantes-dos-trabalhadores-querem-mudancas>. Acesso em 1/4/2012.

³⁰ WANDSCHEER, Roselaine. revisão VALENTE. Augusto. **Relações trabalhistas flexíveis são cada vez mais comuns na Alemanha**, 30/4/2010. Disponível em <http://www.dw.de/dw/article/0,,5527021,00.html>. Acesso em 1/4/2012.

³¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

Na Colômbia, se reconhecida como lícita a atividade, inexistindo idoneidade financeira das empresas prestadoras, haverá a solidariedade passiva com a empresa tomadora dos serviços³².

Na Espanha, o Estatuto do Trabalhador (art. 42) também se utiliza da responsabilidade solidária que abarca todas as empresas integrantes da série produtiva e estende aos trabalhadores terceirizados os mesmos direitos dos trabalhadores da empresa tomadora³³. Para que não seja responsabilizado, o tomador deverá exigir da empresa prestadora certidão negativa de débito e comprovação dos pagamentos devidos aos trabalhadores³⁴.

Já na França, as leis trabalhistas são elaboradas com intuito de resguardar os interesses dos empregados³⁵ e impedir o uso abusivo da terceirização, que precariza a mão de obra terceirizada, por aqueles que buscam apenas o lucro³⁶. O artigo L 125.1 do Código de Trabalho francês dispõe que “toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão de obra que tiver por efeito causar um prejuízo ao trabalhador afetado ou frustrar a aplicação das disposições da Lei, do regulamento ou da convenção ou acordo coletivo de trabalho é proibida”.³⁷ Já o seu artigo L 125.3 proíbe a intermediação de mão de obra cujo objetivo seja diverso do trabalho temporário³⁸. Dessa forma, entende-se que:

“a legislação francesa não veda, porém, a intermediação da mão-de-obra, mas a exploração do trabalhador (*marchandage*). O que realmente proíbe é o *tâche* em que o operário é explorado abusivamente, com aviltamento de salários ou não pagamento destes, em virtude da insolvência do *tâcheron* (subempreiteiro). A jurisprudência fixou-se no sentido de que não era o contrato de *marchandage* proibido, mas seu abuso.”³⁹

³² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

³³ BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. **Revista do TST**, Brasília, vol. 74, nº 4, out/dez 2008, p. 33.

³⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

³⁵ Doing business in France. Ed. 2008, p.3. Disponível em http://www.fiesp.com.br/derex/oportunidades-negocios/pdf/doing_business_interactif%20traduction%20portugais.pdf. Acesso em 6/4/2012.

³⁶ GIRAUDAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviço**. São Paulo: LTr, 2010, p. 46.

³⁷ RANGEL, Maurício Crespo. Relações de trabalho: novos paradigmas. **Revista do TST**, Brasília, vol. 73, nº 3, jul/set 2007, p. 144.

³⁸ GIRAUDAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010, p. 47.

³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 19-20.

Destarte, o emprego da terceirização pode ser benéfico e utilizado em larga escala pelo mundo todo, trazendo grandes vantagens tanto para empregador como para empregado. O único problema incide na forma como os contratos de terceirização serão executados, pois não se pode permitir que os benefícios trazidos por esse instituto passem a ser mais importantes que os direitos dos trabalhadores terceirizados. Nesse sentido, Paula Regina Pereira Marcelino afirma que, seguindo o princípio de que “tudo que não é vocação da empresa deve ser entregue aos especialistas”, a terceirização pode trazer um grande crescimento para a economia, além de aumentar o número de empregos, proporcionando crescimento para as pequenas e médias empresas. Tudo isso deve, no entanto, estar baseado em um sistema de parceria no qual um não busque tirar vantagem do outro⁴⁰.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), embora silente quanto ao tema da terceirização, demonstra certa aceitação, a exemplo da Convenção nº 161 da OIT, ratificada pelo Brasil em 18.5.1990 e promulgada pelo Decreto nº 127, de 22.5.91,⁴¹ que versa sobre serviços de saúde do trabalho, que permite a terceirização da atividade de assistência médica e as Convenções nºs 34, de 1933, e 96, de 1949, que recomendam a supressão progressiva das empresas de colocação de mão de obra com fins lucrativos e estimulam a criação de serviços públicos gratuitos com essa finalidade. Estas últimas deixaram de vigorar no Brasil em 14.1.1973⁴². Por fim, há ainda a Convenção nº 94 que dispõe sobre as cláusulas de trabalho em contratos com Órgãos Públicos, ratificada em 18.6.1965 e promulgada pelo Decreto nº 58.818, de 14.7.1966. Essa Convenção é aplicada sempre que haja a participação da Administração Pública como contratante, haja gasto orçamentário Público e a contratação de obreiros pela contratada prestadora de serviços (art. 1º)⁴³.

Em seu art. 2º, a Convenção nº 94 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) expõe que, ao trabalhador terceirizado, no setor público, não pode ser permitida a aplicação de condições menos favoráveis que as estabelecidas para um trabalhador que exerça atividade de mesma natureza, na profissão ou indústria interessada, na mesma região. O art. 3º ainda aduz responsabilidade da autoridade competente pelo emprego de medidas adequadas

⁴⁰ MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização do trabalho no Brasil e na França**. Disponível em <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>. p. 4. Acesso em 24/4/2012.

⁴¹ BRASIL, **Convenção da OIT nº 161**, ratificada em 18 de maio de 1990. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/507>. Acesso em 1/5/2012.

⁴² BRASIL, **Convenção nº 96 da OIT**. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/464>. Acesso em 1/5/2012.

⁴³ BRASIL, **Convenção da OIT nº 94**. Ratificada em 18 de junho de 1965. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/462>. Acesso em 1/5/2012.

para assegurar aos trabalhadores interessados condições de saúde, segurança e bem-estar justas e razoáveis. Por fim, o art. 5º impõe o dever de sanção, a exemplo da rescisão contratual dos contratos de trabalho dos terceirizados ou qualquer medida cabível nos casos de infração à observância e à aplicação das disposições como a retenção dos pagamentos devidos em função dos termos do contrato ou, qualquer outra iniciativa com o fim de permitir que os trabalhadores interessados recebam os salários a que têm direito⁴⁴.

Segundo Fabiano Coelho de Souza, esta convenção estabelece uma nova linha de pensamento acerca da responsabilidade em casos de terceirização, pois, conforme explica o autor, a Convenção nº 94 é um tratado internacional de direitos humanos, devidamente ratificado pelo Brasil, e, como tal, deveria ter posição hierárquica supralegal, ou seja, acima da Lei de Licitações⁴⁵.

1.6 A Terceirização e o Direito do Trabalho

No Brasil, não há definição na lei sobre o que é terceirização nem dispositivos que a regulem⁴⁶. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) menciona em seu texto apenas duas formas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada (art.455)⁴⁷. Para Maurício Godinho Delgado, o artigo 455 da CLT talvez seja a mais antiga hipótese de responsabilização trabalhista de não empregador⁴⁸ a qual ocorre, conforme Alice Monteiro de Barros, quando o empreiteiro principal contrata outra pessoa, física ou jurídica, e transfere a esta algumas obras ou serviços que lhe foram confiados pelo dono da obra. A esta pessoa física ou jurídica é dado o nome de subempreiteiro que executará o serviço transferido com seus instrumentos de trabalho e empregados⁴⁹. Diz o dispositivo:

“Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo,

⁴⁴ BRASIL, **Convenção da OIT nº 94**. Ratificada em 18 de junho de 1965. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/462>. Acesso em 1/5/2012.

⁴⁵ SOUZA, Fabiano Coelho de. **Terceirização no setor público: responsabilidade objetiva da administração pública e a compatibilidade do julgado proferido na ADC nº 16/STF com a aplicação da convenção 94/ OIT**. Disponível em <http://www.conamat.com.br/teses/19171642012223209.odt>. Acesso em 9/5/2012.

⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 10.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 429.

⁴⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 477.

⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 383.

todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.”⁵⁰

Já no serviço público, a terceirização recebeu regulamentação no final dos anos 60, quando foi editado o Decreto-lei nº 200/67, o qual possibilita a descentralização administrativa de tarefas acessórias do Estado para a iniciativa privada. Porém essa regulamentação era muito superficial e não estabelecia limites precisos quanto às atividades passíveis de contratação indireta. Assim, em 1970, foi promulgada a Lei nº 5.645 que, em seu art. 3º, parágrafo único, delimitava os parâmetros da contratação indireta no serviço público⁵¹.

Na década de setenta, houve a incorporação, na legislação estatal, de diploma que possibilitava à área privada da economia a contratação da prestação de serviços para atender necessidade momentânea das empresas: a Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/74)⁵²⁵³. Assim, o trabalho temporário define-se como “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art. 2º da Lei nº 6.019/74). Esse mesmo artigo especificou as circunstâncias que poderiam caracterizar a contratação por empresas tomadoras até aquele momento⁵⁴, enquanto o art. 16⁵⁵ da mesma lei tratou da forma de responsabilização das empresas envolvidas na contratação da prestação de serviços.

Este modelo temporário de terceirização trouxe uma grande mudança para o sistema trabalhista brasileiro, pois trazia uma relação trilateral de prestação laborativa. Entretanto essa mudança foi limitada, pois, além de a regra do art. 16 só poder ser usada nos casos de falência da empresa prestadora de serviços, embora permitida a dissociação “do fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente”, o trabalho temporário não autorizava,

⁵⁰ BRASIL, **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 2/5/2012.

⁵¹ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização - aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 64.

⁵² A análise desses diplomas será feita no Capítulo II.

⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 626.

⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed.. São Paulo: LTr, 2005, p. 451.

⁵⁵ Art. 16, “No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.”

logicamente, o trabalho permanente⁵⁶. Dessa forma, a terceirização de serviços, quando permanente, continuou à margem da proteção legal. Somente os serviços de vigilância, que mediante vários decretos⁵⁷ acabaram se transformando na Lei nº 7.102/83, que mais tarde veio a ser modificada, passando a regular a vigilância privada em geral, tiveram regulamentação legal expressa⁵⁸.

Contudo a terceirização se expandiu largamente na área pública e privada fora das hipóteses jurídicas previstas nessas leis sem que houvesse regulamentação expressa em textos legais⁵⁹. A jurisprudência trabalhista também adotou o tema nos anos 80 e 90, como forma de superar a falta de regulação do tema tão discutido e muito difundido naquele momento, como era a terceirização, por meio das Súmulas nºs 256, de 1986, e 331, de 1993, recentemente alterada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, que será mais à frente alvo de exame deste trabalho⁶⁰.

A Súmula nº 256 deu origem a uma regulação fortemente limitativa ao dispor: “Salvo os casos previstos nas Leis n.º 6.019, de 3.1.74, e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”. Ou seja, em consequência desta vertente, seria considerada ilícita toda terceirização fora dos casos previstos nas duas leis invocadas bem como seria reconhecido o vínculo de emprego diretamente com o efetivo tomador de serviços⁶¹.

Assim, embora a Súmula 256 tenha, momentaneamente, regulado o instituto da terceirização e deixado um legado, como a ideia de terceirização como um processo excepcional, tendo-se a fórmula celetista como regra de pactuação no Brasil e a configuração do vínculo empregatício com o tomador caso verificada a contratação fraudulenta de empresas terceirizadas, a mencionada Súmula pareceu restringiu a possibilidade de terceirizar apenas às Leis nº 6.019/74 e 7.102/83, o que a impediu de ser empregada de forma ampla pelo

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 434.

⁵⁷ Decretos-lei nºs 1.212 e 1.216, ambos de 1966, autorizam utilização de serviços de segurança terceirizado, Decreto 62.756/68, legaliza a locação de mão de obra através de agências especializadas e Decreto 1.034/69, regula os serviços de vigilância em bancos, diretamente ou através de empresas intermediadoras.

⁵⁸ REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica e fundacional. **A terceirização na Administração Pública e a ADC nº 16**, p. 50.

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 434.

⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 113-124.

⁶¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 437.

ordenamento. Afinal, as exceções terceirizantes instituídas pelo Decreto-lei nº 200/67 e pela Lei nº 5.645/70 que permitiam à Administração Pública terceirizar não estavam incluídas no rol taxativo da Súmula em exame. Essas circunstâncias e a posterior expressa vedação trazida pela Constituição da República de 1988 de contratação de trabalhadores pela Administração sem concurso público levaram, em 1994, à revisão da referida Súmula e à edição da Súmula 331 do TST⁶².

A nova Súmula⁶³ compunha-se de quatro incisos que trouxeram respostas a algumas das críticas feitas ao Enunciado 256. A Súmula 331 incorporou a possibilidade de execução das hipóteses de terceirização trazidas pelo Decreto Lei nº 200/67⁶⁴ (conservação, limpeza e atividades-meio) e acolheu a impossibilidade de formação de vínculo de emprego com a Administração Pública mesmo diante de uma terceirização ilícita, por força da formalidade do concurso público (art. 37, II, da Constituição da República). A mesma Súmula, por fim, fez menção à diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio, que era um dos critérios para aferir a licitude da terceirização, e explicitou a natureza e a extensão da responsabilidade proveniente das relações terceirizadas⁶⁵, além de reconhecer a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora pelas verbas inadimplidas pela empresa prestadora do serviço ou concretizadora da obra, mesmo que se tratasse de terceirização lícita e independentemente da forma jurídica celebrada pelas empresas⁶⁶.

1.7 Modalidades de Terceirização

Ives Gandra Martins Filho entende existir apenas duas modalidades de terceirização: a primeira é denominada de locação de mão de obra e a segunda seria a prestação de serviços. Por prestação de serviços, conceitua o autor, entende-se “o deslocamento de parte da atividade produtiva para a empresa secundária, que presta seus

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 438.

⁶³ Súmula 331/94 – I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo o caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74, de 3.1.74). II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional (art. 37, II, da Constituição da República). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, 20.6.1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

⁶⁴ O presente diploma será estudado no capítulo II.

⁶⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 438.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 484.

serviços principais com seu próprio pessoal e equipamento, transferindo-lhe o produto concluído.”⁶⁷

Porém, na terceirização, podem ser estabelecidos contratos tanto de natureza civil, como a empreitada, subempreitada, prestação autônoma de serviços e parceria, quanto de natureza mercantil, como *engineering*, *franchising*, contrato de fornecimento, concessão mercantil, consórcio, assistência técnica e representação comercial autônoma. Destarte, fica demonstrado que a terceirização pode ser adotada por uma empresa não apenas quanto aos serviços, mas também quanto a bens ou produtos⁶⁸.

Este estudo prender-se-á à terceirização realizada por uma empresa, chamada de tomadora, que contrata outra empresa, denominada de prestadora, para fornecimento de serviços. O contrato entre as empresas é de natureza civil e a contratação dos obreiros pela prestadora é realizada nos moldes da relação de emprego⁶⁹.

1.8 Terceirização Lícita e Ilícita

Inicialmente, é importante deixar claro que, assim como inexiste grande arcabouço de regras que regulem a terceirização, também não há nenhuma norma que a proíba. Assim aclarou Sérgio Pinto Martins:

“Deve ser dito, inicialmente, que inexiste norma vedando a contratação de serviços por terceiro. O próprio art. 170 da Constituição consagra o princípio da livre iniciativa, mostrando serem lícitos quaisquer serviços, como se observa no Código Civil, ao tratar da locação de serviços (arts. 1.216 a 1.236) e da empreitada (arts. 1.237 a 1.247)”.⁷⁰

O referido autor também afirma que alguns fatos, como a Lei nº 4.886/65, a qual determina a obrigação da apresentação de informações detalhadas sobre o andamento dos negócios pelo representante comercial ao representado, demonstram que, em algumas

⁶⁷ ALVAR, Maria Vitoria Queija. **A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 64, 01/05/2009. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6018. Acesso em 14/10/2011.

⁶⁸ SCHNELL, Fernando. **A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador**. 5/2005. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6855/a-terceirizacao-e-a-protecao-juridica-do-trabalhador>. Acesso em 14/10/2011.

⁶⁹ SCHNELL, Fernando. **A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador**. 5/2005. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6855/a-terceirizacao-e-a-protecao-juridica-do-trabalhador>. Acesso em 14/10/2011.

⁷⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 141.

hipóteses, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é legal. E isso fica claro quando essa obrigação não é classificada como subordinada, mas apenas uma forma de controle ou verificação da representação, de tal forma que possibilite o crescimento dos negócios do representado (art.28 da Lei nº 4.886/65)⁷¹.

1.8.1 Requisitos

Para que a terceirização seja considerada lícita, em regra, é necessário que não esteja presente nenhum dos requisitos necessários à configuração da relação de emprego. Ou seja, a empresa tomadora não pode ser considerada como superior hierárquica do terceirizado, não pode haver controle de jornada, o trabalho não pode ser pessoal nem habitual⁷².

Sérgio Pinto Martins explica que a terceirização leva as empresas envolvidas na relação trilateral a primarem por uma relação de parceria entre elas em que cada uma é responsável pela parte que lhe cabe da relação produtiva. Desta forma, os empregados da empresa terceirizada não podem exercer nenhuma atividade que configure subordinação com a empresa terceirizante nem podem estar sujeitos ao seu poder de comando. Caso isso não seja respeitado, haverá a configuração do vínculo empregatício. Também afirma que, se o serviço prestado pelo trabalhador for essencial para a atividade da empresa, ou seja, considerado atividade-fim da empresa, pode a terceirização ser ilícita se comprovado que existiam subordinação e pessoalidade com a empresa tomadora de serviços, à exceção da Lei nº 6.019/74, a lei do trabalho temporário⁷³. Desta forma, existem algumas regras que podem determinar a licitude da terceirização, como:

“idoneidade econômica da terceirizada; assunção de riscos pela terceirizada; especialização nos serviços a serem prestados; direção dos serviços pela própria empresa terceirizada; utilização do serviço, principalmente em relação à atividade-meio da empresa que terceiriza serviços, evitando-se a terceirização da atividade-fim; necessidade extraordinária e temporária de serviços.”⁷⁴

⁷¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p.159.

⁷² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 441.

⁷³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 162.

⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 145.

1.8.2 Distinção

Ante o acima exposto, alguns autores tentaram distinguir a terceirização lícita da ilícita. Segundo Sérgio Pinto Martins,

“a terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos preceitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilegal ou ilícita é a que se refere à locação permanente de mão de obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos aos trabalhadores”.⁷⁵

Explicita este autor algumas formas lícitas de terceirização: o trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), desde que este não exceda os três meses de prestação de serviços pelo funcionário da empresa tomadora, o trabalho de vigilante, o de serviços de limpeza, a empreitada, a subempreitada, a locação de serviços, a representação comercial autônoma, o estágio, dentre outros. Conclui exemplificando que também são formas lícitas de terceirização o trabalho a domicílio, desde que feito sob a forma de contratação de autônomos e que haja efetiva autonomia do prestador de serviços, e a contratação de trabalhador avulso, desde que exista a intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional⁷⁶.

Já Maurício Godinho Delgado entende que as formas de terceirização lícita estão dispostas na Súmula nº 331 do TST e que constituem quatro grandes grupos de situações sociojurídicas⁷⁷.

O primeiro grupo seriam “as situações empresariais que autorizem trabalho temporário (Súmula nº 331, I)”. São situações que a Lei nº 6.019/74 define expressamente: “assim, ou se trata de necessidades transitórias de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora ou se trata de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.” O segundo grupo seriam as “atividades de vigilância”, regidas na Lei nº 7.102/83 (Súmula nº 331, III, *ab initio*). O terceiro grupo é o que envolve atividades de conservação e limpeza (Súmula nº 331, III) e o quarto grupo seriam os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador⁷⁸.

As atividades-fim, segundo Giraudeau, são aquelas atividades essenciais e normais, nucleares e definitórias do objeto social da empresa tomadora. Já as atividades-meio

⁷⁵ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 142.

⁷⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160.

⁷⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 439.

⁷⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 439.

“são aquelas funções e tarefas empresariais e laborais que são acessórias à própria finalidade da empresa tomadora.”⁷⁹ “São, portanto, atividades periféricas, de apoio, que complementam a atividade principal do tomador dos serviços”.⁸⁰

Afirma Godinho que, ilustrativamente, são as atividades referidas na Lei nº 5.645/70 - lei que ajudou na regulamentação da terceirização – como transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas, além de serviços de estrito apoio logístico ao empreendimento, como o serviço de alimentação aos empregados do estabelecimento⁸¹.

Por fim, complementa o mesmo autor, argumentando que o

“Enunciado 331 tem o cuidado de esclarecer que o modelo terceirizante não pode ser usado de modo fraudulento. Assim, estatui que se mantenha lícita a terceirização perpetrada, nas três últimas situações tipo acima enunciadas, desde que inexistente a pessoalidade e subordinação direta entre trabalhador terceirizado e tomador de serviços (Enunciado 331, III, *in fine*, TST)”⁸².

Já quanto à terceirização ilícita, Godinho acredita que, excluídos os quatro grupos elencados acima, que compreendem as formas de terceirização lícita, não há, no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentos legais que permitam a contratação de trabalhador sem que estejam presentes os requisitos da relação de trabalho, quais sejam, a onerosidade, a pessoalidade, a subordinação e a não eventualidade, e sem que o tomador seja responsabilizado, juridicamente, pela relação laboral da qual participou, com exceção da terceirização no âmbito da Administração Pública⁸³.

1.8.3 Distinção entre terceirização, empreitada e locação de serviços.

Empreitada, ainda nos dias de hoje, é muito confundida com a terceirização. Porém são institutos completamente diferenciados. Enquanto na terceirização a idéia de parceria é vital para caracterizá-la, na empreitada, pelo contrário, não existe parceria entre quem contrata a empreitada e o empreiteiro, pois normalmente o que interessa para este

⁷⁹ GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010, p. 55.

⁸⁰ ABDALA, Vantuil. **Terceirização: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviços**. Revista LTr, vol. 60, nº 5, maio de 1996, p. 588.

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 441.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 441.

⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 442.

instituto é o resultado da obra⁸⁴. Como aduz Sérgio Pinto Martins, a empreitada é o contrato em que o empreiteiro assume obrigação de realizar obra como dono da obra, sem a existência de subordinação entre eles⁸⁵. Assim, também, a empreitada diverge da locação de serviços, pois, na locação de serviços, tem-se a busca pela atividade, enquanto, na empreitada, busca-se o resultado da obra: “a empreitada [...] distingue-se da locação de serviços pelo fato de na primeira contratar-se um resultado, e na segunda, uma atividade.”⁸⁶ Portanto, a empreitada não seria um contrato de trabalho, pois não se pode contratar um resultado, mas apenas uma atividade, como afirma Sérgio Pinto Martins. Entretanto há exceções como o caso dos comissionistas e pecistas. Nesses casos, embora a intenção seja a de contratar um resultado, afinal o empregado receberá conforme o sucesso do seu trabalho ou a demanda, por exemplo⁸⁷, o contrato não deixa de ser um contrato de trabalho que pressupõe o vínculo de emprego (Lei nº 3.207, de 1957 e arts. 2º e 3º da CLT)⁸⁸.

A locação de serviços também não poderia ser entendida como contrato de trabalho, pois, para isso, seria necessário um requisito muito importante que é a existência de subordinação entre o locador e o locatário⁸⁹.

A terceirização é, muitas vezes, praticada sob a forma de locação de serviços. Deveria, assim, ser devido ao locador (empregador) destes serviços arcar com os riscos de sua atividade econômica. Como diz Sérgio Pinto Martins: “O locador assume os riscos de sua atividade econômica, enquanto que o empregado não pode sofrer os riscos do empreendimento, que devem ficar a cargo do empregador, pois este, por definição, é a pessoa que assume os riscos de sua atividade econômica (art. 2º da CLT).”⁹⁰

⁸⁴ MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização do trabalho no Brasil e na França**. Disponível em <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>. p. 4. Acesso em 24/4/2012.

⁸⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 42.

⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 43.

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 599.

⁸⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1042.

⁸⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

⁹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001, p. 54.

1.9. Responsabilidade das Empresas

Como já visto, a terceirização é hoje muito disseminada no Brasil. Ela possibilita a otimização do processo produtivo, a aceleração da produção, a eliminação de estoques⁹¹, a criação de vários postos de emprego e, conseqüentemente, proporciona o crescimento da economia. Ela também colabora, de forma indireta, para o desenvolvimento e a melhoria tecnológica das empresas⁹². Porém a terceirização pode servir para fraudar a legislação trabalhista⁹³, e as piores conseqüências sempre são notadas no lado mais fraco da relação de trabalho, ou seja, os trabalhadores acabam não recebendo o que lhes é de direito, pois, muitas vezes, a empresa prestadora de serviço não repassa a eles as verbas trabalhistas.

Podemos dizer, assim, que a terceirização também pode contribuir para a precarização da mão de obra⁹⁴. É nesse momento que entra o importante instituto da responsabilidade pelos débitos trabalhistas das empresas tomadoras.

Quando nos remetemos à responsabilidade, dentro do direito, queremos dizer que “alguém, o responsável, deve responder perante a ordem jurídica em virtude de algum fato precedente.”⁹⁵

Diogo Palau Flores dos Santos afirma, neste sentido, que “a responsabilidade se relaciona com a violação da obrigação. Assim, delimitada a obrigação, chega-se à responsabilidade.”⁹⁶

Carvalho Filho entende como “responsabilidade civil [...] aquela que decorre da existência de um fato que atribui a determinado indivíduo o caráter de imputabilidade dentro do direito privado.”⁹⁷

⁹¹ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização – **aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 57.

⁹² MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização do trabalho no Brasil e na França**. Disponível em <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>. p.2. Acesso em 24/4/2012.

⁹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 22 ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 623.

⁹⁴ MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização do Trabalho no Brasil e na França**. Disponível em <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>. p. 1. Acesso em 24/4/2012.

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 591.

⁹⁶ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública: Estudo da responsabilidade subsidiária**, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

Já Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo conceituam como “obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano.”⁹⁸

Hodiernamente, o direito positivado admite a responsabilidade civil até mesmo do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros⁹⁹.

O direito moderno também passou a utilizar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Como explica Carvalho Filho, “essa forma de responsabilidade dispensa a verificação do fator culpa em relação ao fato danoso. Por isso, ela incide em decorrência de fatos lícitos ou ilícitos, bastando que o interessado comprove a relação causal entre o fato e o dano.” Sua fundamentação foi formada quando da percepção do quão forte é o Estado, ou seja, de quantas prerrogativas ele possui quando comparado com o administrado¹⁰⁰.

A responsabilidade pode ser subsidiária ou solidária.

A responsabilidade solidária, segundo Diogo Palau Flores dos Santos, é “espécie de obrigação múltipla. A obrigação múltipla se configura quando há mais de um indivíduo em um ou em ambos os polos da relação obrigacional, ou seja, vários credores, devedores ou ambos.”¹⁰¹

O próprio Código Civil, em seu art. 264, conceitua a responsabilidade solidária: “há solidariedade quando na mesma obrigação ocorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.”

Porém a solidariedade não se presume, só existindo em virtude de lei ou acordo de vontade celebrado pelas partes¹⁰².

Já a responsabilidade subsidiária, conforme Carvalho Filho, configura-se quando o responsável primário não pode arcar ou não possui meios para reparar os danos por ele

⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 592.

⁹⁸ ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual, - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; MÉTODO, 2011, p. 751.

⁹⁹ ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual, - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; MÉTODO, 2011, p. 755.

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 597.

¹⁰¹ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública**: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

¹⁰² Art. 265 do Código Civil: “A solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes”.

causados¹⁰³. Assim, pode-se perceber que a diferenciação entre a responsabilidade subsidiária e a responsabilidade solidária reside no sentido de que, na responsabilidade solidária, há uma correspondência horizontal, enquanto que, na subsidiária, há uma correspondência vertical, ou seja, o autor explica que, na responsabilidade solidária, o credor pode pedir a qualquer de seus devedores, sem que haja uma ordem para tanto, a satisfação de seus créditos, enquanto que, na responsabilidade subsidiária, primeiro deve-se exigir a satisfação dos créditos do devedor principal para só depois poder exigir do devedor subsidiário¹⁰⁴.

1.9.1 Da Responsabilidade Solidária e Subsidiária no Direito do Trabalho.

No Direito do Trabalho, não existem os conceitos relativos à responsabilidade mencionados anteriormente, Assim, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT, os conceitos obtidos no Direito Civil são aplicáveis ao Direito do Trabalho nos casos de omissão da CLT¹⁰⁵. Destarte, diante do conceito obtido de responsabilidade solidária, no Direito do Trabalho, ela pode ser ativa ou passiva. A solidariedade ativa é encontrada no § 2º do art. 2º da CLT e na Súmula 129 do TST que dispõe que o trabalho prestado pelo empregado durante a mesma jornada, para mais de uma empresa de um grupo econômico, não gera duplo contrato de trabalho por se tratar de empregador único. No âmbito rural, o § 2º do art. 3º da Lei nº 5.889/73 é que versa sobre o grupo de empresas rurais e sua caracterização como empregador¹⁰⁶.

Já a solidariedade passiva existe no Direito do Trabalho em alguns casos, como no § 2º do art. 2º da CLT e no § 2º do art. 3º da Lei nº 5.889/73, que nos permitem entender a solidariedade passiva nos casos de grupo econômico (tese do empregador único), podendo o empregado exigir a satisfação de seus créditos de qualquer das empresas pertencentes ao grupo¹⁰⁷.

Nos casos de falência da empresa de trabalho temporário, conforme dispõe o art. 16 da Lei nº 6.019/74, também existe a solidariedade passiva com o tomador de serviços. Há

¹⁰³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 616.

¹⁰⁴ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública**: Estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

¹⁰⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 138.

¹⁰⁶ MANFREDINI, Aryanna. **OAB Segunda Fase – VI exame unificado**. Complexo de Ensino Renato Saraiva. Direito do Trabalho. Aula 1. p. 18-19.

¹⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 402-403

solidariedade passiva também nos casos de condomínio de empregadores rurais, pessoas físicas, por força do contrato que foi estatuído. Por fim, uma hipótese possível de aplicação da solidariedade passiva, no âmbito do Direito do Trabalho, encontra-se no art. 942¹⁰⁸ do Código Civil (CC) de 2002 que pode ser aplicado na seara da terceirização trabalhista quando há mais de um causador de dano, como a empresa prestadora do serviço e a empresa tomadora do serviço. Essa possibilidade existe, pois o dano mencionado no referido artigo é genérico e, sem a lei para fazer a distinção, abrange tanto a seara civil como a trabalhista, inclusive quanto ao aspecto moral. Entretanto, para que tal dispositivo possa ser arguido, faz-se necessária a existência de causa de pedir específica, pois não poderá ser concedida pelo juiz de ofício, sob pena de violar os artigos 128 e 460 do CPC¹⁰⁹.

Na responsabilidade subsidiária, não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora dos serviços). A responsabilidade subsidiária está prevista no inciso IV da Súmula 331 do TST, além de ser instituída também no art. 827 do CC/2002¹¹⁰. Assim, se a tomadora de serviços é beneficiária do trabalho prestado pelo obreiro, deve responder subsidiariamente, conforme o inciso IV da Súmula 331 e o art. 182 do CC/2002 que dispõe que, com a anulação de um negócio jurídico, as partes devem retornar ao estado em que se encontravam antes de contratar e, caso isso não seja possível, devem ser indenizadas pelo equivalente. Como não se pode devolver ao empregado sua energia e tempo gastos no trabalho, este deve ser indenizado por aquele que se beneficiou do seu serviço¹¹¹.

Por fim, conforme os arts. 186 e 927 do CC/2002 que estabelecem a obrigação de reparar daquele que por ato ilícito causou dano a outrem, o não adimplemento dos créditos trabalhistas pela empresa prestadora de serviços mostra a sua inidoneidade financeira, o que indica a culpa, que é ato violador de direito de outrem, *in vigilando* e *in eligendo* da tomadora

¹⁰⁸ Artigo 942 do CC – “os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

¹⁰⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 138.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Lucas Olandim Spínola Torres de. **Responsabilidade solidaria e subsidiária das empresas, grupo econômico e sucessão de empregadores**. Disponível em www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4898. Acesso em 1/5/2012.

¹¹¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139.

de serviços pela escolha inadequada da empresa e pela falta de fiscalização do cumprimento de suas obrigações¹¹².

Porém, para que possa haver a cobrança em caráter subsidiário, é necessária a inclusão da empresa no polo passivo na fase de conhecimento da ação judicial, pois quem não foi parte na fase de conhecimento não o pode ser na fase de execução. Assim, o tomador de serviços somente responderá subsidiariamente se o prestador não adimplir a dívida ou não possuir bens suficientes para tanto, desde que tenha participado da relação processual e tenha havido o trânsito em julgado da decisão, lembrando que o tomador terá direito de regresso contra a prestadora, condição verificada pela aplicação analógica do art. 455, parágrafo único, da CLT¹¹³.

¹¹² MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140.

¹¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 140-141.

CAPÍTULO II

DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

2.1. O desenvolvimento da terceirização na seara pública

Como já mencionado no capítulo anterior, a prática da terceirização na Administração Pública passou a ser possível quando da entrada em vigor do Decreto-lei nº 200/67 e da Lei nº. 5.645/70, que dispunham que as atividades exercidas pela Administração Federal deveriam ser amplamente descentralizadas.

Dessa forma, como a Administração Pública encontra-se vinculada ao que está disposto em Lei, pelo princípio da legalidade, ela deve se utilizar da descentralização.

O artigo 10, § 7º, do Decreto-lei acima aduzido, dispõe:

“Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, a execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”¹¹⁴

Porém não se definiu qual a extensão da terceirização autorizada na Administração Pública. Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 5.645/70 que veio exatamente para especificar as atividades terceirizáveis¹¹⁵:

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

.....

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 196 7. (Revogado pela Lei nº 9.527, de 1997).

Por esses motivos, entende-se que a terceirização, na forma de prestação de serviços, na Administração Pública, é permitida apenas nas atividades-meio. Afinal, se

¹¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 432.

observarmos todas as atividades presentes no rol dessa lei, que não é taxativo, veremos que são atividades de apoio, ou seja, atividades-meio. Assim, é de se concluir que a “autorização legal à terceirização no âmbito das entidades estatais é limitada exclusivamente à atividade-meio.”¹¹⁶

Este entendimento também é defendido por Maurício Godinho Delgado: “a autorização legal à terceirização no âmbito das entidades estatais é, como visto, limitada exclusivamente a atividades-meio, atividades meramente instrumentais. Não há na ordem jurídica até então qualquer permissivo a terceirização de atividades-fim dos entes tomadores de serviço.”¹¹⁷

Entretanto, a partir da década de 80, a Administração Pública brasileira começa a vivenciar um momento de reforma administrativa. Esse movimento impulsionou o instituto da privatização, considerado o seu sentido amplo, para designar todas as formas que o Estado possui de redução do seu aparelhamento administrativo. Dessa forma, tornou-se possível a utilização, em maior escala, de institutos descentralizadores como a permissão, concessão de serviços públicos, parcerias público-privadas e a terceirização¹¹⁸.

É importante aclarar que inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, fundamentação que permita à terceirização ter como objeto do seu contrato serviços públicos na sua totalidade. Nesse sentido, a própria Constituição, em seu art. 175, estabelece que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Destarte, deve-se tomar cuidado para não se confundir e misturar esses modos de gestão operacional do serviço público com a terceirização. É importante deixar claro que são institutos diferentes, que têm objetos diferentes, fora as distinções quanto às formas de remuneração e a existência de prerrogativas públicas e o poder de intervenção que são transferidos para as concessionárias e permissionárias, mas que inexistem no instituto da terceirização¹¹⁹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, neste sentido, expõe: “a concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público.” A

¹¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 433.

¹¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 419.

¹¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas 2009, p. 29.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas 2009, p. 223.

mesma jurista afirma, ainda, que “a locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público.”¹²⁰

Já Celso Antonio Bandeira de Mello remete a tal diferenciação, afirmando que

“nos simples contratos de prestação de serviço o prestador de serviço é simples executor material para o Poder público contratante. Daí que não lhe são transferidos poderes públicos. Persiste sempre o Poder Público como o sujeito diretamente relacionado com os usuários e, de consequente, como responsável direto pelos serviços. [] Em suma: o serviço continua a ser prestado diretamente pela entidade pública a que está afeto, a qual apenas se serve de um agente material. Já na concessão, tal como se passa igualmente na permissão – e em contraste com o que ocorre nos meros contratos administrativos de prestação de serviços, ainda que públicos-, o concedente se retira do encargo de prestar diretamente o serviço e transfere para o concessionário a qualidade, o título jurídico, de prestador de serviço ao usuário, isto é, o de pessoa interposta entre o Poder Público e a coletividade.”¹²¹

Por fim, a título de conceituação, os incisos II e IV do art. 2º da Lei nº 8.987/95 assim definem concessão e permissão: a) concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco por prazo determinado; b) permissão de serviço público: a delegação a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco¹²².

Outra exigência feita pela Constituição da República é que a terceirização na Administração Pública seja precedida de licitação.

Segundo Diogo Palau Flores:

“Licitação é uma exigência constitucional que estabelece um procedimento administrativo prévio à contratação de obras ou serviços por parte da Administração Pública. (...) Assim, os órgãos integrantes da Administração Direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas 2009, p. 223.

¹²¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1975, p. 423.

¹²² ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; MÉTODO, 2011, p. 680.

Municípios, caso pretendam obter uma obra ou contratar a execução de um serviço, estão obrigados em regra a licitar.”¹²³

A título de definição do que seja licitação, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que é um procedimento administrativo por meio do qual uma pessoa governamental chama interessados a apresentarem propostas que deverão obedecer às condições por ela estipuladas previamente a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de regras já preestabelecidas. Esse procedimento será empregado sempre que houver interesse na alienação, aquisição ou locação de bens, realização de obras ou serviços, outorga de concessões, permissões de obra, de serviço ou de uso exclusivo de bem público¹²⁴.

O objetivo desse procedimento é possibilitar que a Administração Pública realize, sempre, os mais vantajosos negócios. Nesse procedimento são, ainda, acertadas as regras e condições da contratação em acordo com o que estabelece a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93)¹²⁵.

Porém um grande problema hoje é a utilização, nos contratos realizados pela Administração, de entendimentos encontrados no direito estrangeiro sem se tomar cuidado com a diversidade dos regimes jurídicos. Esses modelos provocam desacertos, para não falar em inconstitucionalidades. O sistema administrativo brasileiro se inspirou no modelo do sistema europeu-continental, inteiramente diverso do sistema norteamericano da *Common Law*, que a Administração Pública está, muitas vezes, utilizando para justificar suas decisões. E isso possibilita que a Administração seja carro chefe de aberrações jurídicas que acabam por possibilitar, por “vias transversas”, a terceirização de atividades-fim e a utilização de critérios escusos para a escolha das empresas vencedoras em contratos de licitação que, mais à frente, mostram-se, quase sempre, empresas inidôneas¹²⁶. Como consequência temos o uso desenfreado da terceirização na máquina pública causando repercussões no plano institucional e social.

Segundo Helder Santos Amorim,

¹²³ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010 (Série IDP), p. 67.

¹²⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1975. p. 494.

¹²⁵ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010 (Série IDP), p. 68.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas 2009, p. 29.

“a superterceirização dinamiza o movimento de desregulamentação constitucional e desprofissionalização do serviço público, liquidando funções e esgotando planos de carreiras indispensáveis ao exercício das responsabilidades que se encontram sob o pálio estatal, seja porque são próprias do de Estado [...] seja porque não foram transferidas ao particular pelos meios ordinários de desestatização.”¹²⁷

O autor vai além e afirma que a terceirização desenfreada caracteriza nada mais que o predomínio do capital privado sobre os interesses sociais: “o capital se organiza estrategicamente em todos os vieses da máquina estatal na defesa dos interesses de mercado, em privilégio de camadas empresariais muito restritas da sociedade.”¹²⁸

No plano social, o desmedido emprego da terceirização propicia a precarização das condições de trabalho, a fragilidade da organização coletiva dos servidores e a discriminação entre servidores públicos e terceirizados. Helder Santos Amorim afirma ainda que “a terceirização [...] é também uma estratégia de poder. Viabilizada pela nova relação de forças entre capital e trabalho, ela aprofunda a desigualdade entre os atores sociais, minando a força do grupo e abalando os alicerces do próprio direito.”¹²⁹

Diante deste quadro, nada mais justo que os entes estatais se responsabilizarem pelos danos causados aos trabalhadores que os servem.

2.2. Limites à terceirização na Administração Pública

Embora disseminada em larga escala nos entes estatais, a terceirização deve respeitar alguns limites para que seja considerada lícita.

Sérgio Pinto Martins afirma que esses limites podem ser classificados como constitucionais ou legais¹³⁰ porque ou esses limites estão dispostos em dispositivos legais ou na Constituição. Vale lembrar que os atos da Administração Pública está intimamente

¹²⁷ AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009, p.76.

¹²⁸ AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009, p.76.

¹²⁹ VIANA, Márcio Túlio, DELGADO, Gabriela Neves, AMORIM, Helder Santos. Terceirização - aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 60.

¹³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 159.

relacionada com a Constituição e que esta instituiu um rígido sistema de controle democrático das instituições estatais e, particularmente, da Administração Pública¹³¹.

Em seu art. 37, *caput*, a Constituição estipula diretrizes fundamentais à atuação da Administração, submetendo-a aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dos princípios erigidos no *caput* do art. 37 da Constituição, a Administração Pública é também regulada pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público que limitam a terceirização na medida em que esta fica obrigada a verificar se há, de fato, interesse público que justifique a terceirização nas atividades que eram do seu rol de competências. Importante ressaltar que o interesse público não pode ser confundido com interesse do aparato estatal, mas deve estar relacionado com o bem estar comum¹³².

O princípio da legalidade, no âmbito da Administração Pública, é o princípio mais importante e basilar porque rege toda a atuação da Administração. Este princípio resumidamente, afirma que a Administração só pode fazer o que a lei permite, ou seja, a terceirização no serviço público é admitida somente nos estritos moldes legais¹³³.

Já os serviços passíveis de terceirização se encontram no art. 6º da Lei nº 8.666/93: “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração”, como atividades de demolição, conserto, instalação e transporte. Assim, interpretando a lei, constatamos que ela define serviços terceirizáveis como um resultado a ser obtido por meio da atividade contratada¹³⁴.

A partir disso, é possível concluir que os serviços terceirizáveis não abrangem os serviços por colaboração, ou seja, aqueles em que as empresas privadas executam a prestação de serviços públicos como um todo, nem os serviços para contratação de mão de obra que, no âmbito da administração, é proibido. Neste sentido o Decreto nº 2.271/97, em seu art. 1º, dispõe:

¹³¹ AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**, São Paulo: LTr, 2009, p.113.

¹³² SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 106.

¹³³ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 107- 108.

¹³⁴ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 108.

“Art. 1º. No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

§ 1º. As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta.”

Conforme aduz Patrícia Pinheiro Silva, tanto é assim que o art. 4º¹³⁵ do mesmo diploma proibiu o fornecimento de mão de obra e a subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante. Cabe ressaltar, ainda, que também é possível deduzir, a partir do mesmo Decreto (nº 2.271/97), que a própria Lei de Licitações adotou a distinção doutrinária entre atividade-fim e atividade-meio, apenas admitindo a terceirização nesta última. O art. 1º do Decreto demonstra isso quando aponta as atividades passíveis de execução indireta¹³⁶.

Há, ainda, as leis de regulação que também instituem diretrizes para a aplicação da terceirização. A Lei nº 9.472/97 que, em seu art. 94, inciso II, dispõe sobre a forma de terceirização aplicada no âmbito das empresas de telecomunicações é um exemplo. Tal lei foi, recentemente, objeto de discussão no TST, que reafirmou ser a terceirização possível no âmbito das empresas de telecomunicações apenas nas atividades acessórias dessas empresas e, consequentemente, também reconheceu o vínculo empregatício do empregado com o tomador nos casos de terceirização ilícita (Processo: AIRR - 577-68.2011.5.03.0006 Data de Julgamento: 25/04/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/04/2012)¹³⁷. É importante frisar que o presente tema envolvendo a Lei

¹³⁶ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 111.

¹³⁷ AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. 1. *CALL CENTER*. ATIVIDADE-FIM - TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CTPS - ANOTAÇÃO. INSTRUMENTO NORMATIVO - VANTAGENS. COISA JULGADA. 2. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETÓRIOS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Segundo a Súmula 331, I/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com o tomador dos serviços, salvo nos casos elencados nos incisos I (trabalho temporário) e III (conservação e limpeza, vigilância, atividades meio do tomador) da referida súmula (desde que não havendo pessoalidade e subordinação direta nos casos do inciso III, acrescente-se). Nesse quadro, a terceirização de atividade-fim - exceto quanto ao trabalho temporário - é vedada pela ordem jurídica, conforme interpretação assentada pela jurisprudência (Súmula 331, III) [...] sob pena de leitura interpretativa em desconformidade com preceitos e regras constitucionais decisivas, como a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, além da subordinação da propriedade à sua função socioambiental [...].

nº 9.472 ainda é alvo de grande controvérsia, existindo precedentes contrários ao trazido no presente estudo¹³⁸.

Já na esfera trabalhista, a Súmula nº 331 do TST, editada em 1993, ante o cancelamento da Súmula nº 256, também do TST, exprime com clareza os limites traçados pelo Direito do Trabalho com respeito à validade da terceirização de serviços no Brasil¹³⁹.

2.3. Da Responsabilidade da Administração Pública

Como já dito anteriormente, com a revisão da Súmula nº 256 do TST foi editada a Súmula nº 331, diploma este que se tornou o principal norte a disciplinar a responsabilidade das empresas no âmbito da terceirização. Entretanto, no ano de 2000, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Resolução nº 96/2000, que modificou o inciso IV da Súmula nº 331, estendendo a responsabilidade subsidiária aos entes da administração pública¹⁴⁰. Assim, o item IV da Súmula 331 passou a dispor:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.” (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993)”.

A partir desse momento, ficou claro que o tomador de serviços, mesmo sendo ente estatal, seria responsabilizado por todas as obrigações advindas do contrato de trabalho terceirizado.

¹³⁸ RECURSO DE REVISTA DA TELEMAR NORTE LESTE S.A. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. LICITUDE. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT; Lei nº 9.472/97) ampliou as hipóteses de terceirização de serviços. Assim, a previsão contida no artigo 94, inciso II, no sentido de que é possível a contratação de empresa interposta para a prestação de atividades inerentes ao serviço de telecomunicações, autoriza a terceirização das atividades preceituadas no § 1º do artigo 60 da LGT. Por conseguinte, torna-se irrelevante discutir se a função desempenhada pela reclamante enquadra-se como atividade-fim ou meio, ante a licitude da terceirização, uma vez respaldada em expressa previsão legal. Tal licitude, porém, não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, desta Corte Superior [...] (RR - 124500-63.2004.5.03.0108 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 28/04/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 07/05/2010).

¹³⁹ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 67.

¹⁴⁰ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contrato: a legalidade frente ao ideal de justiça. **Biblioteca Digital Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 13, nº. 66, mar. 2011.

Vários são os argumentos que corroboram com o entendimento contido na Súmula 331, a começar pela regra do art. 37, II, da Constituição Federal. Esse dispositivo, invocado pela Súmula 331, em seu item II, em sua primeira versão e mantido na nova edição da mesma, estabelece que o vínculo empregatício com a Administração Pública só poderá ser formado quando o servidor tiver sido aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. A justificativa para tal entendimento foi a necessidade de conferir moralidade e impessoalidade à contratação de servidores¹⁴¹.

Essa regra influenciou diretamente a terceirização, pois, a partir dela, ficou proibido o reconhecimento de vínculo de emprego do obreiro terceirizado com a Administração Pública, mesmo quando reconhecida a fraude ou qualquer tipo de ato ilícito na contratação com a empresa prestadora de serviços. Destarte, a dúvida quanto à responsabilidade administrativa permaneceu. Seria possível responsabilizar a Administração sem que houvesse vínculo empregatício dela com o obreiro?

Conforme elucida Maurício Godinho Delgado, são três as correntes interpretativas sobre os efeitos da terceirização ilícita praticadas por entidades da Administração Pública¹⁴²: “A primeira delas considera que a terceirização ilícita, além de não gerar vínculo empregatício entre o prestador de serviços e a Administração Pública, também não produz qualquer crédito trabalhista em favor do trabalhador ilicitamente terceirizado.”¹⁴³ A segunda corrente acredita na existência do vínculo jurídico entre trabalhador e o ente estatal tomador. Nesse sentido, Godinho explica: “assume [...] a posição de empregador desde o início da relação socioeconômica verificada.” A terceira corrente respeita a vedação constitucional que diz da necessidade do concurso público para se ter reconhecido o vínculo empregatício, porém garante ao trabalhador “todas as verbas trabalhistas legais e normativas próprias à função específica exercida pelo trabalhador terceirizado junto ao ente estatal beneficiado pelo trabalho.”¹⁴⁴

¹⁴¹ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 70.

¹⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 430-432.

¹⁴³ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 70.

¹⁴⁴ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p.71.

Ante o exposto, seria razoável que a terceira corrente fosse adotada, pois respeitaria a vedação trazida na Constituição da República e, ao mesmo tempo, não privaria o obreiro de seus direitos trabalhistas.

Outro entendimento que corrobora com a Súmula 331 é o relativo à supremacia do princípio da isonomia, pois, quando se está diante de um contrato regido por normas trabalhistas, tal princípio é largamente utilizado, como forma de amenizar a desigualdade econômica. Destarte, é de se observar que, em um contrato administrativo, ante as várias prerrogativas que a Administração possui, ela se mantém em uma posição superior à outra parte contratada. Ou seja, se dois funcionários de uma empresa de prestação de serviços forem contratados, um para trabalhar em uma empresa privada e outro para a Administração Pública, caso a empresa prestadora venha a falir ou a violar por qualquer forma seus direitos trabalhistas, eles terão tratamento diferenciado¹⁴⁵.

Assim, logicamente haveria violação ao princípio da isonomia. Como diz Rita Tourinho a respeito do citado princípio: “apesar de permitir tratamentos diferenciados de casos desiguais, não admite a discriminação de pessoas, situações ou coisas mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes.”¹⁴⁶

Corroborando com tal idéia, Celso Antonio Bandeira de Mello diz que “são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fatores alheios a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesma.s”¹⁴⁷ Assim, a natureza do tomador de serviços não seria motivo suficiente para que fosse empregado tratamento diferenciado aos trabalhadores como no exemplo acima exposto.

Outro argumento é a necessidade da aplicação da função social aos contratos de que é parte a Administração. Segundo o art. 421 do Código Civil, a função social funciona como uma espécie de limitação à liberdade de contratar. Rita Tourinho entende que esse instituto deve ser obedecido, principalmente por aplicar-se com maior conotação ao contrato

¹⁴⁵ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contrato: a legalidade frente ao ideal de justiça. **Biblioteca Digital Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 13, nº. 66, mar. 2011.

¹⁴⁶ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contrato: a legalidade frente ao ideal de justiça. **Biblioteca Digital Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 13, nº. 66, mar. 2011.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antonio de. **O conteúdo jurídico do principio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2000, p.18

público uma vez que o interesse público que o objetiva nada mais é que a realização do interesse social¹⁴⁸.

Contudo o entendimento esposado no inciso IV da Súmula 331 começou a ser veementemente criticado, pois, aparentemente, a Lei de Licitações, em seu art. 71, § 1º, exclui o vínculo responsabilizatório dos entes estatais. O artigo assim estabelece:

“Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

Porém essa exceção, trazida pela Lei de Licitações, constitui um grande privilégio que extrapola qualquer prerrogativa que a Administração Pública possa ter. Mesmo que a Administração goze, por exemplo, do princípio da primazia do interesse público, Godinho pondera que “tal exceção não se encontra autorizada pela Carta Maior do país.”¹⁴⁹

No bojo das discussões sobre a regulamentação da terceirização, foi criada pelo Deputado Marco Maia, Presidente da Câmara dos Deputados, Comissão Especial com a finalidade de promover estudos e proposições voltadas à regulamentação do trabalho terceirizado no Brasil. A Comissão Especial foi instalada em 29 de junho de 2011 e, em 23 de novembro do mesmo ano, foi aprovado o Relatório Final apresentado pelo Relator, Deputado Roberto Santiago, que concluiu pelo oferecimento de sugestão de Substitutivo ao Deputado Arthur Oliveira Maia, Relator do Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania¹⁵⁰.

Conforme esclareceu o Deputado Roberto Santiago em seu Relatório, considerando a necessidade de que a matéria seja rapidamente regulamentada, a escolha

¹⁴⁸ TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contrato: a legalidade frente ao ideal de justiça. **Biblioteca Digital Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 13, nº. 66, mar. 2011.

¹⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 441.

¹⁵⁰ Projeto de Lei nº 4.330, de 2004. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528156>. Relatório 2/2011. Acesso em 2/5/2012.

recaiu sobre o Projeto de Lei nº 4.330, de 2004, porque, entre os projetos que ainda admitem alterações de mérito, é este o que se encontra num estágio mais avançado da tramitação¹⁵¹.

Esse projeto traz, no seu substitutivo, para o alento daqueles à margem da sociedade, que só são prejudicados, uma grande mudança. O substitutivo dispõe:

“Art. 10. O inadimplemento das obrigações trabalhistas e previdenciárias por parte do prestador de serviços implica a responsabilidade subsidiária da contratante, quanto aos empregados que efetivamente participarem da execução dos serviços terceirizados, durante o período e nos limites da execução do serviço contratado, salvo se não houver fiscalização, pela contratante, do cumprimento destas obrigações, hipótese na qual a responsabilidade será solidária.”¹⁵²

Ou seja, vai muito além do que foi defendido até agora, pois, além de a Administração Pública ser responsável, podemos dizer, objetivamente, caso ela não fiscalize o andamento do contrato, ela será solidariamente responsável.

¹⁵¹ Projeto de Lei nº 4.330, de 2004. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528156> Relatório 2 /2011, p. 32. Acesso em 2/5/2012.

¹⁵² Projeto de Lei nº 4.330, de 2004. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528156>, Relatório 2/2011, p.47. Acesso em 2/5/2012.

CAPÍTULO III

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16

A partir do exposto anteriormente, será estudada, neste Capítulo, mais detalhadamente, a decisão proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16 do Supremo Tribunal Federal (STF) que analisou a responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Tal ação judicial trata da divergência entre o teor do inciso IV da Súmula 331 do TST e o texto do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Em sede de incidente de uniformização no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, antes da mudança advinda da decisão do STF, decidiu aquela corte:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - ENUNCIADO Nº 331, IV, DO TST - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ARTIGO 71 DA LEI Nº 8.666/93.

Embora o artigo 71 da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a aplicação do referido dispositivo somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária. Realmente, nessa hipótese, não se pode deixar de lhe imputar, ... a responsabilidade subsidiária e, conseqüentemente, seu dever de responder, igualmente, pelas conseqüências do inadimplemento do contrato. Admitir-se o contrário, seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer co-responsabilidade do ato administrativo que pratica. Registre-se, por outro lado, que o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva da Administração, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro. Pouco importa que esse dano se origine diretamente da Administração, ou, indiretamente, de terceiro

que com ela contratou e executou a obra ou serviço, por força ou decorrência de ato administrativo.

IUJ-RR 2977513119965045555 297751-31.1996.5.04.5555; Relator(a): Milton de Moura França; Julgamento: 11/09/2000; Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 20/10/2000.

Destarte, estendeu-se expressamente, no inciso IV da referida Súmula, a responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelos créditos trabalhistas provenientes dos contratos de terceirização de serviços.

No entanto, o STF, em 24/11/2010, no julgamento da ADC nº 16, decidiu pela constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, o que causou a mudança do texto da Súmula 331 do TST para contemplar a necessidade de se demonstrar a culpa *in vigilando* da Administração Pública para que esta possa ser responsabilizada subsidiariamente.

No julgamento dessa ADC, inicialmente, houve um pedido de concessão de liminar que foi indeferida¹⁵³.

Em seguida, houve a prestação de informações da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho – TST (fls. 373 a 380) que, na primeira oportunidade, apresentou um argumento que poderia, de pronto, inviabilizar o prosseguimento daquela ação. O TST afirmou que, em momento algum, havia declarado a inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Sua argumentação foi, inclusive, corroborada pelo Procurador-Geral da República que argumentou: “Não foi trazido aos autos qualquer indício de que o § 1º, do art. 71, da Lei n. 8.666/93, tenha tido sua constitucionalidade verdadeiramente contestada” (fls. 386)¹⁵⁴.

Nesse sentido, o próprio Relator, Ministro Cezar Peluso, quando do julgamento da ação, declarou: “O autor é carecedor da ação, por falta de interesse processual ou de agir, na particular conformação que essa condição adquire na disciplina legal da via da ação direta de constitucionalidade”. É que, diante de consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal, com esteio no que dispõe o art. 14, III, da Lei nº 9.868/99, para que fique demonstrado interesse objetivo de agir por parte dos legitimados à propositura da ação declaratória de constitucionalidade, é necessário que anteriormente já exista uma

¹⁵³ Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor. ADC 16. Disponível em [¹⁵⁴ Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor. ADC 16. Disponível em](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=627165&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADC%20/%2016. (urc), pag. 3. Acesso em 25/4/2012.</p>
</div>
<div data-bbox=)

“controvérsia judicial que, manifestada em causa ou causas onde se exerceu controle difuso de constitucionalidade, deve ser demonstrada desde logo na petição inicial.”¹⁵⁵

Porém o ponto merecedor de atenção aqui não será a falta ou não de interesse processual da parte na presente ação, mas, sim, a decisão final que permitiu que a Administração Pública apenas se responsabilizasse pelos débitos trabalhistas quando comprovada a sua culpa *in vigilando*.

Supunha-se, a partir da orientação então vigente da Súmula 331/TST que, mais que responsabilizar a Administração Pública apenas quando constatado seu comportamento omissivo ou irregular quando da fiscalização das empresas prestadoras de serviço, ela deveria ser responsabilizada pelo simples inadimplemento dos créditos trabalhistas advindos de uma relação de terceirização, pois quem não poderia ser sacrificado era o trabalhador, a parte mais fraca nesta relação que, mesmo cumprindo com seu dever, prestando seu serviço, corre o risco de não receber a remuneração pactuada, principal dever do contratante que se beneficiou diretamente dos serviços prestados pelos trabalhadores. Neste sentido, aduziu o Ministro Ayres Britto no julgamento da aludida ADC:

“a Constituição esgotou, exauriu as formas de recrutamento de mão de obra permanente para a Administração Pública. Ela exauriu. São três: concurso público; nomeação para cargo de comissão e contratação temporária por prazo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, pronto. A Constituição não falou de terceirização. Eu defendo essa tese há muitos anos. A terceirização significa um recrutamento de mão de obra para a Administração Pública, finalisticamente é isso, é uma mão de obra que vai servir não à empresa contratada, à terceirizada, mas ao tomador de serviço que é a Administração. E é uma modalidade de recrutamento de mão de obra inadmitida pela Constituição. Então, se nós, durante esses anos todos, terminamos por aceitar a validade jurídica da terceirização, que pelo menos admitamos a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que é a beneficiária do serviço, da mão de obra recrutada por interposta pessoa.”¹⁵⁶

Em contraposição, a Ministra Cármen Lúcia, entendendo pela constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, afirmou que seria um absurdo que a Administração tivesse de assumir duas vezes as obrigações contratuais não adimplidas pela empresa prestadora¹⁵⁷. Esta

¹⁵⁵ Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor. ADC 16. Disponível em [¹⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor. ADC 16. Voto Ministro Ayres Britto. Disponível em \[¹⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor. ADC 16. Disponível em\]\(http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165, p. 47-48. Acesso em 25/4/2012.</p>
</div>
<div data-bbox=\)](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=627165&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADC%20/%2016. (urc), pag. 5. Acesso em 25/4/2012.</p>
</div>
<div data-bbox=)

não é, porém, uma justificativa razoável para a defesa da não responsabilização da Administração Pública pelo pagamento dos débitos trabalhistas não cumpridos pela empresa prestadora de serviços, pois há meios simples para que a Administração não concorra para o enriquecimento ilícito dessas empresas como o direito à ação regressiva contra a prestadora, como ocorre nos casos de reparação de danos.

O STF, como uma corte responsável por cuidar da efetiva aplicação da Constituição¹⁵⁸ não poderia ter ignorado que a possibilidade do inadimplemento das verbas trabalhistas precariza a terceirização que tem como base o princípio da livre iniciativa e deve estar fundamentada nos ditames da justiça social, na valorização do trabalho humano e na dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e IV e 170, CF). Patrícia Pinheiro afirma que eximir a Administração de toda e qualquer responsabilidade é um privilégio injustificável, em detrimento dos princípios acima aduzidos¹⁵⁹. Ademais, nesta questão acabam por serem aplicados dois pesos e duas medidas, afinal, na área privada, o tomador de serviço é obrigado subsidiariamente a pagar as verbas inadimplidas pela empresa prestadora, o que acarreta a violação do princípio da isonomia¹⁶⁰.

Nesse sentido também foi o entendimento esposado no incidente de uniformização mencionado atrás. Foi afirmado ali que a não responsabilização da Administração, pelo menos de forma subsidiária, “seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública.”¹⁶¹

Outro argumento muito utilizado para justificar a não responsabilização da Administração frente aos créditos trabalhistas seriam suas prerrogativas, como os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público¹⁶², pois, segundo os defensores dessa tese, os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. Contudo,

¹⁵⁸ VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011, p. 84.

¹⁵⁹ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 125.

¹⁶⁰ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 125-129.

¹⁶¹ Incidente de uniformização de jurisprudência. Enunciado nº 331, IV, do TST. Responsabilidade subsidiária. Administração Pública. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93. Disponível em http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0331a0360.htm. Acesso em 25/4/2012.

¹⁶² SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p.106.

ante a situação de cerceamento de direitos dos trabalhadores brasileiros, essas prerrogativas não poderiam ser mitigadas?

Primeiramente, é importante esclarecer que o interesse público não pode ser confundido com o interesse do aparato estatal e sempre se deve estar observando o atendimento do bem estar comum¹⁶³.

Depois, conforme aduzido por Tereza Aparecida Asta, essa mitigação seria possível por meio, inicialmente, do alargamento do princípio da legalidade, entendido como um conjunto de leis, valores e princípios, inovação trazida pela Constituição de 88. Assim, o Estado não estaria submetido apenas à lei no sentido formal, “mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”, dentre os quais se destacam a dignidade da pessoa humana, a moralidade e o valor social do trabalho. Dessa forma, a Administração teria sua atuação limitada e deveria submeter-se ao Estado de Direito¹⁶⁴. A mesma autora conclui: “já não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos humanos. É preciso que ele haja concretamente para protegê-los de agressões e ameaças de terceiros, inclusive daquelas provenientes dos atores privados.”¹⁶⁵

Já Luis Roberto Barroso, citado na obra da mesma autora, vai mais além e afirma que o “público não se confunde com o estatal”, eles atuam em planos diversos e, neste sentido, o princípio do interesse público se divide em dois: o interesse público primário, que seria a razão de ser do Estado, e o secundário, que seria o interesse estatal, não se admitindo o sacrifício do interesse primário para satisfação do secundário¹⁶⁶.

É oportuno salientar que, na hipótese de contratação de empresa inidônea, mesmo precedida de licitação, a Administração é automaticamente culpada *in eligendo*. Assim, a Súmula 331 tinha entendimento convergente não só com os princípios específicos de proteção aos trabalhadores como também convergentes com os princípios constitucionais¹⁶⁷.

¹⁶³ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p.106.

¹⁶⁴ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 34.

¹⁶⁵ GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta – Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 37.

¹⁶⁶ BARROSO, Roberto Luis apud GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 37.

¹⁶⁷ MALAQUIAS, Marcos. Inadimplemento trabalhista e julgamento do ADC nº 16/DF. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 93.

Cabe também alegar a violação do princípio da isonomia quando se observa que o art. 71 da Lei nº 8.666/93, em seu § 1º, estabelece a total irresponsabilidade da Administração e, em seu § 2º, admite a solidariedade para pagamento dos encargos previdenciários, sem que haja razão para tratamento desigual, afinal, na constituição, o trabalho e a previdência são direitos sociais¹⁶⁸.

Assim, por todo o exposto, é obrigação da Administração responder, no mínimo, subsidiariamente pelos créditos trabalhistas, principalmente em virtude dos princípios da moralidade, da função social do contrato, do valor social do trabalho e da dignidade humana¹⁶⁹.

3.2 Ônus da Prova

Diante da decisão do STF, acima discutida, uma questão ainda encontra-se sem resposta: a qual das partes cabe o ônus de provar se há culpa ou não da Administração? Para responder a esta questão, deve ser feito um estudo sobre o *onus probandi*.

O ônus da prova é conceituado, nos dias de hoje, como um encargo e não um dever ou obrigação, como uma necessidade que a parte tem de provar o alegado por ela mesma para que não corra o risco de ver sua pretensão desatendida ante um fato não comprovado¹⁷⁰.

A preocupação com a necessidade de criar um critério de partição do ônus probante *inter partes* é bem antiga. Foi no Direito Romano que a regra “o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age” foi criada. Sendo o autor da demanda aquele que afirma ou age, essa regra não era correta, pois, em alguns casos, o réu alegava fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Assim, começou a ser entendido que a resposta do réu também continha uma afirmação, passando-se a atribuir o ônus da prova também a ele¹⁷¹.

¹⁶⁸ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 129.

¹⁶⁹ SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011, p. 129.

¹⁷⁰ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p. 124.

¹⁷¹ TEIXEIRA FILHO, Manuel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003, p. 111-112.

A partir desta mudança foi possível a construção da teoria clássica do ônus da prova por Chiovenda¹⁷² empregada pelo Código de Processo Civil em seu artigo 333¹⁷³. O pressuposto da igualdade formal, que caracteriza as partes no processo civil, tornou ainda mais acertada e justa a aplicação dessa regra. Tal teoria afirma que “incumbe o ônus da prova àquela das partes que alega a existência ou inexistência de um fato do qual pretenda induzir uma relação de direito.”¹⁷⁴

Já os dispositivos legais possivelmente aplicáveis ao tema, no âmbito da Justiça do Trabalho, são os artigos 333 do CPC e 818 da CLT.

Seguindo o posicionamento praticamente unânime da jurisprudência, conforme aduz Cesar Pereira, pode-se dizer que as duas disposições se resumem em apenas uma. Assim, a exclusão da aplicação subsidiária do art. 333 do CPC em nada é prejudicial¹⁷⁵.

Carlos Alberto Reis de Paula, entretanto, diverge de César Pereira da Silva quanto à exclusão da aplicação subsidiária do art. 333 do CPC. Ele entende que o dispositivo do art. 333 do CPC não está contido obrigatoriamente no dispositivo consolidado, podendo ser aplicado, subsidiariamente, no processo do trabalho, desde que não conflite com suas particularidades¹⁷⁶.

Já Manoel Antonio Teixeira Filho acredita que o único dispositivo legal possível de ser aplicado no processo do trabalho, neste contexto, é o artigo 818 da CLT, desde que quem o esteja interpretando saiba entender o seu verdadeiro conteúdo ontológico¹⁷⁷ visto que, no processo do trabalho, é clara a desigualdade real das partes, enquanto que, no critério civilista, ao contrário, a distribuição do ônus objetivo da prova está alicerçada sobre o requisito da igualdade formal dos litigantes¹⁷⁸.

¹⁷² PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 90.

¹⁷³ Art. 333 “o ônus da prova incumbe (I) ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; (II) ao réu, quanto à existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo daquele direito”.

¹⁷⁴ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003, p. 113, cit. Moacyr Amaral Santos, p. 305.

¹⁷⁵ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p. 126-127.

¹⁷⁶ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 112.

¹⁷⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003, p. 126.

¹⁷⁸ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003, p. 124.

Ante o exposto, independentemente do entendimento seguido, é perceptível o número insatisfatório de dispositivos para dirimir, no processo do trabalho, o instituto do ônus da prova¹⁷⁹, restando ao julgador analisar em concreto quem possui maior facilidade para produzir a prova, pouco importando de qual parte era o interesse ou se a prova era negativa ou positiva¹⁸⁰.

3.2.1 Ônus da prova no processo do trabalho

Como um ramo autônomo, o Direito Processual do Trabalho possui seus próprios princípios que devem ser respeitados quando do julgamento de casos concretos. Nesse sentido, César Machado, citando Mozart Victor Russomano, entende que a Justiça do Trabalho, como parte do Poder Judiciário, deve ser imparcial. Entretanto, quando da aplicação de uma norma, o juiz deve também atentar para o espírito da norma aplicada. Assim, como, no Direito do Trabalho, o espírito é a proteção dos direitos sociais e dos interesses operários, esse intuito protetivo deve ser observado quando da interpretação da lei e das provas no caso concreto¹⁸¹.

Diante do exposto, no Processo do Trabalho, a inversão do ônus da prova é, ou pelo menos deveria ser, uma de suas peculiaridades¹⁸².

Há autor, inclusive, que defende a mudança do disposto no art. 818 da CLT. Argumenta-se que a única disposição compatível com o Direito do Trabalho seria “o ônus da prova é sempre do empregador”. Isso se deve ao fato de que o empregado sempre tem mais dificuldade de conseguir as provas necessárias para sua defesa, haja vista que quem possui os documentos probantes são, normalmente, os empregadores. A subordinação do empregado ao empregador, elemento essencial para a caracterização do contrato de emprego, justifica essa facilidade do empregador¹⁸³.

Assim, diante da maior facilidade de o empregador provar, não se podem tratar igualmente o obreiro e o patrão. Nesse caso, o próprio princípio da igualdade exige um

¹⁷⁹ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

¹⁸⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003, p. 126.

¹⁸¹ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p. 128.

¹⁸² PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 113

¹⁸³ MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001, p. 128.

tratamento diferenciado em busca da igualdade real. Nesse sentido, Carlos Alberto Reis de Paula afirma:

“No âmbito específico das provas, temos as dificuldades probatórias que podem ter o empregado e, em contrapartida, a maior facilidade probatória do empregador, que normalmente é quem dispõe das provas, principalmente a documental. Não se pode tratar igualmente os dois, sendo que esse tratamento diferenciado é uma exigência do próprio princípio de igualdade, tendo essa desigualdade de tratamento uma justificativa objetiva e razoável.”¹⁸⁴

O fortalecimento da ideia de aplicabilidade da inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho veio com o Código de Defesa do Consumidor que consagra expressamente, em seu art. 6º, inciso VIII¹⁸⁵, embora a critério do juiz, essa inversão em prol do hipossuficiente consumidor. Com efeito, pode-se constatar que é exatamente a hipossuficiência do empregado perante o seu empregador que permite a adoção da inversão do ônus da prova na Justiça do Trabalho¹⁸⁶.

Segundo Carlos Alberto Reis de Paula, a inversão do ônus da prova será possível sempre que houver a incidência de princípios como (a) o princípio da aptidão para a prova, que significa que a prova será encargo da parte que a possui ou tenha acesso a ela; (b) o princípio *in dubio pro operario*, que indica que o juiz deve se valer da interpretação, norma ou condição mais favorável ao empregado, e (c) o princípio da preconstituição da prova, que é aquela constituída sem intenção e antes do processo em que será utilizada¹⁸⁷.

Diante de tantos argumentos, a jurisprudência trabalhista, em alguns casos, vem empregando a inversão do ônus da prova. Em dissídios que versem sobre horas extras, por exemplo, é encargo do empregador a apresentação dos cartões de ponto (Súmula 338¹⁸⁸ do TST)¹⁸⁹.

¹⁸⁴ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 116.

¹⁸⁵ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 127.

¹⁸⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 422.

¹⁸⁷ PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 119-125.

¹⁸⁸ *Súmula nº 338 do TST* JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003); II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em

A Súmula 212 do TST também se utiliza da inversão do ônus da prova, afirmando ser do empregador “o ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento [...] pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

Caberia, então, diante de todos esses argumentos, a inversão do ônus da prova nos casos onde haja necessidade de se comprovar a culpa *in vigilando* da Administração Pública?

Pode-se concluir que sim. Primeiro porque o trabalhador se encontra em uma situação de hipossuficiência quando comparado com a Administração Pública. Afinal, compete à Administração fiscalizar a empresa prestadora, não envolvendo nesse mister o obreiro. Sendo assim, é praticamente impossível que o obreiro possua a documentação necessária ou acesso a ela, de modo a comprovar a culpa *in vigilando* da Administração, o que caracteriza a presença, também, do princípio de aptidão para a prova. Logo, nada mais justo e sensato que o encargo de comprovar que agiu corretamente seja da Administração.

Por fim, também corroborando com a idéia de inversão do ônus da prova, o artigo 335 do Código de Processo Civil permite que o juiz aplique, na falta de normas jurídicas particulares, as regras de experiência comum criadas a partir da observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica. Assim, observando-se o Código de Defesa do Consumidor e a Súmula 212 do TST, institutos acima citados, e por tudo mais demonstrado, deveria ser aplicada ao presente caso a inversão do ônus da prova.

Para ilustrar os argumentos acima explicitados, colaciona-se precedente do Ministro Carlos Alberto.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.No julgamento da ADC 16, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa *in vigilando* da Administração Pública e, ante isso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive trabalhistas, inobservadas pelo contratado. A própria Lei de Licitações impõe à Administração Pública o dever de fiscalizar a execução dos contratos administrativos, conforme se depreende dos artigos 58, III, e 67, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Partindo dessas premissas, compete ao ente público,

20.06.2001); III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

¹⁸⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 422.

quando pleiteada em juízo sua responsabilização pelos créditos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, apresentar as provas necessárias à demonstração de que cumpriu a obrigação prevista em Lei, sob pena de restar caracterizada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, decorrente da omissão quanto ao dever de fiscalização da execução do contrato administrativo. Conforme ficou consignado no acórdão embargado, verificou-se, no caso concreto, a existência de culpa *in vigilando*. Verifica-se a conduta culposa, por omissão, da Administração Pública (culpa *in vigilando*), razão pela qual se atribui a responsabilidade subsidiária ao ente público, com fundamento nos artigos 186 e 927, *caput*, do CC, pelo pagamento dos encargos trabalhistas devidos. **Recurso de Embargos não conhecido. Processo:** E-ED-RR - 60900-56.2007.5.21.0013 **Data de Julgamento:** 27/10/2011, **Relator Ministro:** Carlos Alberto Reis de Paula, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Data de Publicação:** DEJT 04/11/2011.

Destarte, diante de todo o exposto no presente trabalho fica clara a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização de serviços e a necessidade da aplicabilidade do instituto da inversão do ônus da prova no processo do trabalho.

CONCLUSÃO

Não podemos negar que a terceirização é atualmente empregada e difundida no Brasil e no mundo, entre outras vantagens, pelo grande número de empregos que cria e pelo aumento da competitividade das empresas que dela se utilizam. Neste compasso, necessita-se que tal fenômeno receba regulamentação ampla que abarque todas as nuances e possibilidades de terceirização de tal forma que nem o obreiro nem as empresas envolvidas tenham seus direitos deixados de lado e fiquem à mercê da boa vontade alheia, fato que vem acontecendo com o trabalhador nos casos da terceirização empregada pela Administração Pública.

No intuito de proteger o obreiro do abuso de direito que poderia vir a sofrer de seus empregadores, o Tribunal Superior do Trabalho, a partir de reiteradas decisões, cancelou a Súmula 256 e criou a Súmula 331 composta de quatro incisos, sendo que o último tratava da responsabilidade das empresas tomadoras com os débitos trabalhistas provenientes dos contratos de terceirização, mesmo que o vínculo empregatício não tivesse sido configurado. O problema, então, passou a ser se a responsabilidade do inciso IV se estenderia à Administração Pública. Em 2000, o inciso IV da referida Súmula foi alterado para constar expressamente, como responsável, também a Administração Pública quando esta participasse da relação processual. Entretanto tal verbete passou a ser veementemente criticado, pois o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93 dispõe de forma divergente, não permitindo que a inadimplência das obrigações dos contratos de trabalho possibilite a transferência da responsabilidade quanto às verbas trabalhistas para a Administração Pública. Assim, foi proposta Ação Declaratória de Constitucionalidade para que fosse declarada constitucional a regra instituída no dispositivo ora mencionado.

No julgamento, o STF acatou o pedido e votou pela constitucionalidade do artigo, pois, conforme o voto da Ministra Carmem Lúcia, a responsabilidade estatal só se configura quando o causador do dano é agente público, o que, no caso em tela, não se observava. Ademais, admitir a aplicação da responsabilidade subsidiária objetivamente traria duplo prejuízo ao ente da Administração. Assim, ficou consagrada a responsabilidade subjetiva da Administração, ou seja, o Tribunal Superior do Trabalho deverá analisar, caso a caso, se o Estado concorreu, ainda que em virtude de negligência, imprudência ou imperícia, para o inadimplemento da empresa por ele contratada em relação aos trabalhadores que empregue. Em caso afirmativo, existirá a responsabilidade; caso contrário, o trabalhador só poderá receber seus direitos da empregadora.

Não obstante tais fatos, conclui-se por meio do presente trabalho, que tal decisão não deveria ser mantida.

Inicialmente, pode-se observar que, embora talvez não se possa arguir a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, CF), isso não deveria impedir a caracterização objetiva da responsabilidade subsidiária proveniente da culpa *in eligendo*, pois, mesmo diante da regra do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, a Administração não pode esquecer os princípios constitucionais a ela referentes como o da legalidade e o da moralidade administrativa. A Administração Pública não pode permitir que, em um contrato de que participe de forma direta, escolhendo a empresa que melhor lhe convenha, empregando sua confiança nesta e sendo beneficiária direta dos serviços prestados, os trabalhadores fiquem sem a garantia de receber o que lhes é devido. A própria Ministra Carmem Lúcia afirmou que, em razão do princípio da legalidade, a Administração não pode anuir com o não cumprimento de deveres por entes por ela contratados¹⁹⁰. Ademais, nada impede que, depois de adimplir os débitos trabalhistas, a Administração possa entrar com uma ação de direito de regresso contra a empresa que deu causa ao inadimplemento, até porque o Poder Público tem meios mais eficazes de conseguir ser ressarcido do que o trabalhador litigando contra a empresa interposta. Sendo a parte mais fraca nessa relação, o trabalhador não pode ficar desamparado e impedido de receber o que é seu de direito.

Assim, diante desses e de outros argumentos insculpidos no desenvolver do presente trabalho, do arcabouço de regras e princípios que regem o Direito do Trabalho, o Direito Administrativo e os princípios extraídos da Carta Magna, como a dignidade da pessoa humana, a moralidade, a função social do contrato e o valor social do trabalho, que limitam a atuação da Administração, bem como a violação ao princípio da isonomia e a diferenciação de interesse público e interesse estatal, conclui-se que a Administração Pública deveria ser responsabilizada objetivamente de forma subsidiária pelos débitos trabalhistas provenientes dos contratos de terceirização do qual tenha participado e tenha sido beneficiária direta dos serviços, de forma a cuidar dos trabalhadores brasileiros e de seus direitos para que não sejamos complacentes com a precarização da mão de obra e a supressão de direitos garantidos pela própria Constituição da qual o Supremo Tribunal Federal deveria ser o maior guardião.

¹⁹⁰ Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor. ADC 16. Voto Ministra Carmem Lucia. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=627165&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADC%20/%2016>, p. 36. Acesso em 30.4.2012.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. **Terceirização**: atividade-fim e atividade-meio – responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. Revista LTr, vol. 60, nº 5, maio de 1996.

ALEXANDRINO, Marcelo e Paulo, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

ALVAR, Maria Vitoria Queija. **A responsabilidade do tomador de serviços na terceirização**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 64, 01/05/2009. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6018.

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público**: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional, São Paulo: LTr, 2009.

BARROS. Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BELMONTE. Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 74, nº 4, out/dez 2008. Biblioteca Digital Revista Interesse Público – IP, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 13, nº.66, mar. 2011.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. Carmem C. Varriale. Coord. João Ferreira e ver. João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 5. ed., Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, v. I.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 2/5/2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 2/5/2012.

_____. **Convenção nº 161 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**, ratificada em 18 de maio de 1990. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/507>. Acesso em 1/5/2012.

_____. **Convenção nº 94 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**, ratificada em 18 de junho de 1965. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/462>. Acesso em 1/5/2012.

_____. **Convenção nº 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/464>. Acesso em 1/5/2012.

_____. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em 2/5/2012.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm. Acesso em 2/5/2012.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Relatório da Comissão Especial destinada a promover estudos e proposições voltadas à regulamentação do trabalho terceirizado no Brasil (CETERCE). Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528156>. Acesso em 8/5/2012

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23 ed. rev., ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONCEIÇÃO, Jefferson José da. **Terceirização: representantes dos trabalhadores querem mudanças**. Disponível em <http://meusalario.uol.com.br/main/emprego/terceirizacao-representantes-dos-trabalhadores-querem-mudancas>. Acesso em 1/4/2012.

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Doing business in France. Ed. 2008, p.3. Disponível em http://www.fiesp.com.br/derex/oportunidades-negocios/pdf/doing_business_interactif%20traduction%20portugais.pdf. Acesso em 6/4/2012.

FRANCISCO, Wagner Cerqueira e. Taylorismo e Fordismo. Disponível em <http://www.brasile scola.com/geografia/taylorismo-fordismo.htm>. Acesso em 31/03/2012.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da Lei nº 8.666/93 e Súmula 331 do TST: poderia ser diferente? **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011.

GIRAUDEAU, Michel Olivier . **Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MACHADO JÚNIOR, César Pereira da Silva. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

MANFREDINI, Aryanna. **OAB Segunda Fase – VI exame unificado**. Complexo de Ensino Renato Saraiva. Direito do Trabalho.

MALAQUIAS, Marcos. Inadimplemento trabalhista e julgamento do ADC nº 16/DF. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. **Terceirização do trabalho no Brasil e na França.** Disponível em <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundosimposio/paulareginapereiramarcelino.pdf>. Acesso em 24/4/2012.

MARTINS, Sergio Pinto, **A terceirização e o direito do trabalho.** 5. Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A terceirização e o direito do trabalho.** 10 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 22 ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Lucas Olandim Spínola Torres de. **Responsabilidade solidária e subsidiária das empresas, grupo econômico e sucessão de empregadores.** Disponível em www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4898. Acesso em 1/5/2012.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RANGEL, Maurício Crespo. Relações de trabalho: novos paradigmas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 73, nº 3, jul/set 2007.

REBELLO, Maria José Bighetti Ordoño. Responsabilidade subsidiária da administração pública direta, autárquica e fundacional. A terceirização na Administração Pública e a ADC nº 16.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços pela administração pública:** Estudo da responsabilidade subsidiária, São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHNELL, Fernando. **A terceirização e a proteção jurídica do trabalhador.** 5/2005. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/6855/a-terceirizacao-e-a-protecao-juridica-do-trabalhador>. Acesso em 14/10/2011.

SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/ mar 2011.

SOUZA, Fabiano Coelho de. **Terceirização no setor público: responsabilidade objetiva da administração pública e a compatibilidade do julgado proferido na ADC nº 16/STF com a aplicação da convenção 94/ OIT.** Disponível em <http://www.conamat.com.br/teses/19171642012223209.odt>. Acesso em 9/5/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC nº 16 - Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em 30.4.2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2003

TOURINHO, Rita. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas do contrato: a legalidade frente ao ideal de justiça. **Biblioteca Digital Revista Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 13, nº. 66, mar. 2011.

VIANA, Márcio Túlio, DELGADO, Gabriela Neves, AMORIM, Helder Santos. **Terceirização: aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques.** . **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 77, nº 1, jan/mar 2011.

VIANA, Marcio Túlio. Alguns pontos polêmicos da terceirização. **Repertório IOB de jurisprudência**, São Paulo, n. 8, Caderno 2, 2ª quinz. Abr./1997.

VIANA, Marcio Tulio. Velhos e novos enfoques sobre o trabalho temporário. **Revista Tribunal Regional do Trabalho**. Belo Horizonte, n. 57, jul-dez./1997.

WANDSCHEER, Roselaine. revisão VALENTE. Augusto. **Relações trabalhistas flexíveis são cada vez mais comuns na Alemanha**, 30/4/2010. Disponível em <http://www.dw.de/dw/article/0,,5527021,00.html>. Acesso em 1/4/2012.